



VNIVERSITATIS VALÈNCIA

**LA PROTECCIÓN LEGAL Y JURISDICCIONAL DE LA
IGUALDAD DE GÉNERO EN LAS FUERZAS ARMADAS**

Por:

FRANCISCO ESTEBAN HERNÁNDEZ SÁNCHEZ

Tesis doctoral codirigida por:

ELENA MARTINEZ GARCÍA

*Profesora del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat
de València, acreditada catedrática*

JUAN CARLOS VEGAS AGUILAR

*Doctor en Derecho por el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la
Universitat de València*

**PROGRAMA DE DOCTORADO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA:
DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL**

VALENCIA 2019

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.- ESTADO DE LA CUESTIÓN	1
A. Necesidad del estudio realizado.-.....	1
B. Dificultades en la realización del estudio.....	22
C. Perspectiva de la realización del estudio.-.....	29
II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS, NECESIDAD DE SU RESTRICCIÓN O LIMITACIÓN.....	34
A. Concepto de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.- Su relación con otros derechos y principios constitucionales.....	36
B. La necesidad de la restricción o limitación de los Derechos Fundamentales.	44
C. Requisitos para una adecuada restricción de los Derechos Fundamentales. Aplicación del principio de proporcionalidad.....	49
D. La incidencia del principio de proporcionalidad en la regulación de los Derechos Fundamentales de la normativa comunitaria y en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aplicación en el Derecho Público Español.	63
E. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y las repercusiones en relación a la protección de los derechos fundamentales por este Tribunal.....	70
III. IDEAS GENERALES Y ESPECÍFICOS PROBLEMAS DETECTADOS EN LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS FUERZAS.	87
A. La obediencia debida en las Fuerzas Armadas.-.....	95
1. La obediencia debida en el ámbito funcional y en el Estatuto de los Trabajadores.-	96
2. La obediencia debida en el ámbito específico militar.-.....	102
3. Planteamiento de dos cuestiones de suma importancia: ¿Existe justificación proporcional y razonable para exigir, en condiciones normales, una mayor disciplina a las Fuerzas Armadas que al resto de los funcionarios o trabajadores? ¿Puede el subordinado analizar la licitud de la orden recibida en el ámbito militar?	124
4. Breve reflexión sobre la objeción de conciencia.-	145
B. Especial referencia a la Jurisdicción Militar, su independencia e imparcialidad, y la problemática del enjuiciamiento de las situaciones de limitaciones o violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas bajo las especiales condiciones de esta jurisdicción.	156
1. Antecedentes históricos de la Jurisdicción Militar en España.-	163

2.	La independencia e imparcialidad de los jueces y Tribunales militares en la actualidad.-	167
3.	Un breve recorrido histórico de la Jurisdicción Militar en Derecho comparado.-	175
4.	El enjuiciamiento de las situaciones de limitaciones o violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas bajo las especiales condiciones de esta jurisdicción.-.....	189
5.	La Jurisdicción Militar como Jurisdicción especial.-	215
6.	Subsistencia de la jurisdicción militar y alternativas posibles.-	224
C.	Ausencia de publicidad de las resoluciones judiciales de los órganos de la Jurisdicción militar, aplicación de criterios de seguridad nacional demasiado amplios para limitar o restringir la publicidad de actos y resoluciones de Autoridades y órganos de la Administración Militar, y excesiva regulación por órdenes internas, Instrucciones y circulares de la normativa militar.	229

IV. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DEL RESPETO AL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS.-

A.	Derecho fundamental a la Igualdad.-	246
B.	Especial referencia a la igualdad de género en las Fuerzas Armadas tras la Incorporación de la mujer a las mismas.-	251
1.	Violencia de género en sentido amplio o discriminación por razón de género.-	259
2.	Mecanismos de actuación para corregir las desigualdades: Acciones Positivas. Legitimidad de la Desigualdad.	264
3.	Evolución histórica de la incorporación efectiva de la mujer en las Fuerzas Armadas desde una perspectiva comparada y en el específico supuesto de las Fuerzas Armadas Españolas.-.....	269
4.	Análisis de la normativa laboral en materia de género, así como de su adaptación al ámbito de las Fuerzas Armadas.-	293
a.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Discriminación laboral de la mujer.	295
b.	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de discriminación laboral de la mujer.-	310
c.	Evolución normativa para la igualdad de la mujer en el ámbito laboral. La plasmación de la discriminación positiva en nuestro ordenamiento.-.....	315
i.	Medidas normativas en el ámbito laboral para los trabajadores en general.	316
ii.	Medidas normativas concretas en el ámbito estatutario del personal funcionario en general.	327

iii.	Medidas normativas concretas en materia de igualdad de género en el ámbito estatutario del personal de las Fuerzas Armadas.	345
a'	Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional y sus reglamentos de desarrollo.	346
b'	Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas	353
c'	Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería.....	366
d'	Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas.....	368
e'	Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar..	376
f'	Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería	386
g'	Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas.....	389
h'	Otras normas a destacar.....	398
5.	Regulación de la situación de acoso a la mujer en la Ley de Régimen Disciplinario y Código Penal Militar vigentes.- El protocolo de acoso en las Fuerzas Armadas y las UPA,s (Unidades de Protección frente al acoso).....	412
6.	Visión práctica de la discriminación efectiva de la mujer en las Fuerzas Armadas. Principales problemas detectados.	429
7.	Necesidad y obligación de actuar por parte de los poderes públicos. Líneas de actuación que se proponen.	448
V.	CONCLUSIONES FINALES.....	459
	ABREVIATURAS UTILIZADAS	463
	BIBLIOGRAFÍA CITADA	465
	JURISPRUDENCIA CITADA.....	487
	Jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:	487
	Jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.....	489
	Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional:	491
	Jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo:	510
	Sentencias destacadas de la Audiencia Nacional:.....	515

Sentencias destacadas de Tribunales Superiores de Justicia:.....	517
Otras Sentencias destacadas:.....	518

I. INTRODUCCIÓN.- ESTADO DE LA CUESTIÓN

*"Comprométete con la noble lucha por los derechos humanos. Harás una mejor persona de ti mismo, una gran nación de tu país y un mejor mundo para vivir.-
Martin Luther King, Jr."*

A. Necesidad del estudio realizado.-

Han pasado ya cuatro décadas desde la aprobación de la Constitución Española, y de la transición del Estado español hacia un Estado Social y Democrático de Derecho que anuncia nuestra Carta Magna¹.

Durante este tiempo, en todos los sectores sociales de nuestro País, con mayor o menor celeridad, se han producido cambios normativos significativos, orientados a la democratización de sus estructuras y forma de funcionamiento, adecuando la normativa preconstitucional a los postulados constitucionales.

¹ Recordemos que el art. 1.1 de nuestra Constitución, sancionada el 27-12-1978 establece que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político." Y que no en vano, en el propio Preámbulo de la misma se establece que "La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra."

Dichos postulados se vertebran sobre la base de unos derechos básicos, los derechos fundamentales y libertades públicas, que encuentran su delimitación en una posición preliminar de nuestra Constitución por su importancia, y que son configurados de una forma relativamente homogénea en nuestro derecho comparado, con mayor intensidad en los actuales Estados de Derecho vigentes en la mayoría de nuestras sociedades occidentales, no sólo en España².

Produciéndose además, precisamente por esa visión generalizada y global de unos comunes principios vertebradores de los actuales estados sociales y democráticos de derecho, un “*tránsito a la modernidad*”, una homogeneización de postulados o principios, tanto en relación a las estructuras organizativas de estos Estados, como, en relación a los derechos fundamentales de los individuos en estas sociedades, fruto de los cambios políticos, económicos y sociales que surgen a partir del siglo XVIII en nuestra cultura occidental³.

Derechos fundamentales que también han sufrido cambios importantes en cuanto a su propio concepto, pues inicialmente eran concebidos, en los estados liberales donde nacieron, como esferas de

² No sólo en las sociedades occidentales, sino que viene reclamándose por los intelectuales, grupos sociales y religiosos de todo el mundo, la concreción y globalización de la aplicación de los derechos fundamentales. A tal efecto, recordar la cita del Dalai Lama: “*Todos los seres humanos, sea cual sea su cultura o pasado histórico, sufren cuando son intimidados, encarcelados o torturados. Debemos, por tanto, insistir en un consenso global, no solo por la necesidad de respetar los derechos humanos en todo el mundo, sino también por la definición de esos derechos, porque es inherente en todos los seres humanos anhelar la libertad, igualdad y dignidad.*”

³ El profesor D. GREGORIO PÉREZ-BARBA MARTÍNEZ realiza un completo análisis del origen de los Derechos Fundamentales en su libro *Tránsito a la modernidad y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1982, Mezquita, al que nos remitimos por exceder del ámbito de la presente tesis el estudio del origen de los DD.HH.

protección del individuo frente al Estado, y han evolucionado en ese “*tránsito a la modernidad*” hasta nuestros actuales sistemas constitucionales y Estados sociales de Derecho, pasando a concebirse como derechos y libertades del individuo que el Estado no sólo tiene obligación de respetar, sino también de regular y definir con claridad en cuanto a su contenido esencial y su ejercicio, velando por asegurar tanto su protección como su efectividad real, esto es, la plenitud de su ejercicio.

En otras palabras, hoy veremos que lo importante no es el propio reconocimiento formal de los derechos y libertades del individuo en nuestras Constituciones y Normas Fundamentales, sino la específica obligación de los Estados de establecer políticas activas que favorezcan la plenitud en el desarrollo y respeto de los derechos fundamentales.

Esta visión generalizada de estructuras y derechos, así como la propia evolución de nuestras sociedades en las últimas décadas, caracterizada por la rapidez de los medios de transporte y por la inmediatez en las comunicaciones entre las personas y grupos sociales, en un mundo cada día más globalizado, origina a su vez, y cada vez con mayor intensidad y amplitud, interrelaciones jurídicas entre los distintos Estados, Organizaciones y grupos sociales y económicos, lo que produce una auténtica vorágine de petición de cambios sociales y de estructuras para dar solución legal a los “*anhelos*” de libertad y respeto a los derechos humanos, que viene a chocar con los intereses económicos y sociopolíticos tradicionalistas.

Con estos condicionantes, se está produciendo una creación progresiva de organismos e instituciones supranacionales para la colaboración y regulación de tales relaciones, tanto de tipo Estatal como de otras esferas de actuación específicas, Policiales, Jurídicas, Militares, etc., lo que genera una serie de obligaciones a los Estados y organismos sectoriales integrados en los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales de actuación.

En este sentido, nuestro país también se encuentra cada día más obligado por esta interacción internacional, tanto a nivel global como regional, dentro del ámbito Europeo, debiendo adaptar su normativa, conceptos jurídicos y jurisprudenciales, y criterios de actuación a los acuerdos internacionales, a las directrices emanadas de la Unión Europea, tanto de sus Organismos como de sus Tribunales, que vienen instando progresivamente una homologación normativa y de funcionamiento de las instituciones con validez global entre los Estados miembros, lo que incide ya en la práctica totalidad de las parcelas o sectores de nuestro ordenamiento jurídico.

Todo ello crea un complejo marco jurídico de la materia que nos ocupa, en rápida y continua evolución⁴, con un entramado de interrelaciones de todo tipo que, en ocasiones, son difíciles de asumir en estructuras rígidas y tradicionalmente estancas e inmovilistas, poco proclives a los cambios, como son las Fuerzas Armadas, pero que necesariamente deberán afrontarse con valentía para adaptarse a la concepción cambiante de la sociedad y a los nuevos requerimientos, nacionales e internacionales, que se realizan a esta

⁴ Es de destacar que en este trabajo somos conscientes de la continua evolución y revisión de conceptos básicos o relaciones entre nuestras sociedades, en cuestiones tan fundamentales debatidas en la actualidad como el binomio libertad-seguridad, con las tensiones que se vienen produciendo en el mismo por las amenazas yihadistas; en la concepción del propio espacio único europeo, por la crisis humanitaria y de refugiados a la que estamos sometidos, e incluso, por este motivo, de la propia aplicación de los derechos y libertades a unos individuos u otros, según se trate de ciudadanos o no de los países afectados. No es objeto de este trabajo este debate, desde luego intenso y profundo, y sólo adelantaremos la postura del autor, claramente proclive a inclinar la balanza hacia la libertad y el respeto de los derechos fundamentales frente a la propia seguridad, sin que ello signifique la desatención absoluta de la misma. Prueba de estas grandes interacciones son las propias modificaciones que se han producido recientemente en el Código Penal español, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las propias negociaciones sobre la salida del Reino Unido de la UE.

“*Institución del Estado*”, o si se quiere, a esta parte de la Administración Pública⁵.

La *Organización militar*⁶, por su propia impronta, “es una organización sumamente cerrada, nada permeable a las influencias sociales, que se autoabastece ideológicamente y que adolece de una doctrina mínimamente crítica con la organización”.

Centrándonos en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, que es el concreto objeto de este trabajo, el propio art. 10.2 de nuestra Constitución refuerza esa exigencia de respeto a los acuerdos y tratados internacionales sobre la materia suscritos por España, y la necesidad de su interpretación conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U.⁷.

⁵ Sobre el debate de la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas como “Institución del Estado” o como una parte de la “Administración Pública”, la Administración Militar frente a la Administración Civil del Estado – ex art. 97 CE, es interesante el artículo de SANDOVAL CORONADO, J.C., “Razones para una nueva concepción del delito militar en la política criminal y la política legislativa” en PÉREZ ÁLVAREZ, F y DÍAZ CORTÉS, M.L. (coord.) *Temas actuales de investigación en ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009*, Salamanca. 2011, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 303-325

⁶ Como la denomina NURIA OLMEDO, probablemente para huir de la anterior disyuntiva entre “Institución” o “parte de la Administración”, en su libro *Guardia Civil ¿Policías o Soldados?*, Córdoba, 2004, Ed. Almuzara, pág. 71. En el mismo sentido, señalando lo estéril y carente de sentido de este debate doctrinal, termina concluyendo la tesis doctoral de GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *El estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España. Antecedentes, fundamento y situación actual*. Director: Gregorio Cámara Villar. Tesis doctoral. Universidad de Granada. Facultad de Derecho. 2008, que puede verse en <https://hera.ugr.es/tesisugr/17712944.pdf> (última visita el 12/04/2018).

⁷ Artículo 10 C.E.: “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”. Véanse en este sentido fundamentalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Convenio para la protección de los derechos humanos y

Por ello, deberemos realizar nuestra reflexión sobre esta materia en el marco de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no sólo de la emanada en nuestros Tribunales de Justicia nacionales o en nuestro Tribunal Constitucional Español⁸.

Más aún, cuando se puede observar con claridad que el respeto de estos Derechos Fundamentales y Libertades Públicas constituye una preocupación fundamental en nuestra Carta Magna, dedicando, como ya hemos avanzado, la mayor parte de sus artículos iniciales a recalcar su protección y definición.

En efecto, su Título Preliminar, ya en su primer artículo establece como pilares fundamentales de nuestro Estado social y democrático de derecho la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y en su art. 9.2 obliga a los poderes públicos a garantizar la libertad y la igualdad de forma efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España en 1977, pero precisamente con una expresa reserva en relación a los arts. 5 y 6, en materia de régimen disciplinario militar; o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007 («D.O.U.E.C.» 14 diciembre). En cuanto a la suscripción por España de convenios y tratados internacionales de carácter militar, también hay que recordar la exigencia expresa del art. 94.1.b) C.E. de autorización previa por las Cortes Generales.

⁸ Baste indicar en este sentido que el preámbulo de la Carta de Derechos de la Unión Europea comienza diciendo que “Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. ...” http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (última visita el 12/04/2018).

Su Título I, en relación a los Derechos y deberes Fundamentales, comienza su primer artículo definiendo que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás” como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1), y posteriormente pasa a regular y enumerar, en el Capítulo Segundo de este Título Primero, a partir del art. 14, estos Derechos y Libertades, comenzando por la Igualdad, como eje central, para después, en la Sección 1ª de este Capítulo II, concretamente los “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas” en sus arts. 15 a 29.

En este trabajo nos centraremos en el derecho fundamental a la Igualdad, dejando para un posterior desarrollo de la investigación el resto de los derechos fundamentales, constatando además en estas líneas iniciales de forma breve, que nuestra Constitución establece para ellos un mecanismo privilegiado de protección, que obliga tanto a nivel del Poder Ejecutivo como Judicial, en los arts. 53.1 y 53.2, imponiendo la vinculación de todos los Poderes públicos a los mismos, y una reserva de ley para el desarrollo de su ejercicio⁹, así como una doble garantía de control jurisdiccional de su respeto, ya sea por los Tribunales ordinarios en procedimientos basados en la preferencia y sumariedad, o por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, en su caso¹⁰.

⁹ Con el importantísimo, aunque indeterminado, matiz de que siempre se deberá “respetar su contenido esencial” en ese desarrollo legislativo, lo que no da pocos problemas jurisprudenciales prácticos, precisamente a la hora de delimitar qué constituye ese “contenido esencial mínimo”. Reserva de Ley que deberá ser Orgánica, a tenor de lo establecido en el art. 81.1 C.E., en cuanto a ese desarrollo del “contenido esencial”, y no de todos sus aspectos.

¹⁰ Desde luego, en la actualidad, con la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, particularmente en sus arts. art. 50.1 b) y 49.1, inspirada en el derecho germánico, que exigen al demandante de amparo justificar en su demanda la “relevancia constitucional” de su recurso para el trámite previo de admisibilidad del mismo, se ha restringido de forma severísima el acceso al amparo

Por otro lado (art. 54 C.E.) se crea el Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título Primero de la Constitución¹¹, existiendo la especial previsión, en la materia referida a las Fuerzas Armadas que nos ocupa, del art. 14 de la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo¹², que se refiere precisamente a la defensa de estos derechos en el ámbito de la Administración Militar.

Además de las anteriores premisas iniciales, debemos recordar que específicamente el Artículo 8 C.E. asigna como misión de las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, la de “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.”, obligando también a la regulación, por ley orgánica, de las “bases de la organización militar *conforme a los principios de la presente Constitución*”, pero siempre partiendo de la base, como no puede ser menos en cualquier estado democrático, de que el art. 97 establece la “dirección” por parte del Gobierno de la Nación (el Poder Ejecutivo elegido democráticamente) de la Administración militar y la defensa nacional.

constitucional, lo que será objeto de estudio particular en un apartado concreto de este trabajo, pero ya avanzamos que se ha llegado a hablar por la doctrina en diversos artículos de “tiro de gracia” al recurso de amparo.

¹¹ Que comprenden no sólo los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas previstos en la Sección 1ª del Capítulo I, a los que fundamentalmente nos referiremos en este trabajo, sino también los “derechos y deberes de los ciudadanos” previstos en la Sección 2ª del mismo.

¹² Art. 14 LODP: “El Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el título primero de la Constitución, en el ámbito de la Administración Militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional.”

No sería lógico que se confiara a las Fuerzas Armadas la defensa del ordenamiento constitucional, Fuerzas Armadas que deben regirse por los principios de la propia Constitución, y que no se les otorgue a los miembros que las componen los derechos y libertades fundamentales recogidos por la propia Constitución para los ciudadanos en general que constituyen su eje fundamental y los valores superiores de ese ordenamiento jurídico.

Efectivamente, como analizaremos posteriormente, podrán establecerse limitaciones a estos derechos por la defensa de otros derechos, bienes y valores constitucionales, en particular para la *Institución Militar* al igual que para otros colectivos, pero esas limitaciones deberán ser objeto de un adecuado juicio de legalidad, necesidad, oportunidad y proporcionalidad, pues se debe garantizar al máximo para todo ciudadano, y los militares también lo son, el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales.

Este trabajo, por tanto, lo que pretende es iniciar un análisis, incitando a una profunda reflexión, para comprobar hasta qué punto se ha producido la adecuada entrada en estos últimos años de estos “postulados democráticos” en una Institución, las Fuerzas Armadas, como hemos reflejado tradicionalmente inmovilista y *estanca*, que presenta unas condiciones de estructura, actuación y funcionamiento particulares, y una misión específica, que no sólo ha sido objeto de revisión con la creación de una normativa más acorde con la evolución de nuestras sociedades, sino que también ha sido y debe ser objeto de actualización permanente, en la práctica, por la ya generalizada participación de nuestros soldados y marineros en numerosas misiones internacionales, tanto humanitarias como *de paz*¹³, junto con otros países aliados, y que tiene que llevar, por

¹³ Término políticamente más correcto pero que en realidad se refiere a auténticas situaciones de guerra, y con el que se soslayaba, en un principio, la necesidad de aprobación parlamentaria de tales actuaciones.

tanto, a una revisión normativa específica atendiendo a estas particularidades.

Revisión normativa del estatuto jurídico específico militar que se ha ido producido fundamentalmente en varias *tandas* u oleadas de cambios¹⁴, primero en la década de los ochenta del siglo pasado, y posteriormente en el primer y segundo decenio del presente, en intentos de adaptación de sus estructuras al cambio producido.

Y por si fuera poco todo lo dicho hasta el momento, a esta evolución constante de conceptos en los derechos fundamentales, a la evolución conceptual de la estructura, funcionamiento y misiones de las Fuerzas Armadas, debemos añadir dos importantísimos cambios que se han producido también en estas últimas décadas en las mismas.

Por un lado, la *plena incorporación de la mujer en las Fuerzas Armadas españolas*, lo que ha originado también una necesidad de actuación normativa *positiva* para favorecer dicha integración en condiciones de igualdad y plenitud, aspecto que analizaremos detalladamente en este estudio.

Y por otro lado, la *plena profesionalización de nuestras Fuerzas Armadas*, lo que hace que sus miembros ya puedan

¹⁴ GÓMEZ MARTÍNEZ, R, *El Estatuto jurídico-constitucional del Militar de Carrera en España. Antecedentes, fundamento y situación actual*”, *op.cit.*, pág. 3., señala la existencia de “dos tandas”, pero actualmente tendríamos que añadir las reformas operadas por el último gobierno en el régimen disciplinario militar, en el Código Penal Militar, y en la propia Ley de la Carrera Militar, entre otras disposiciones de menor rango, en la vorágine normativa producida en general en nuestro ordenamiento jurídico en los años 2014-2015, aprovechando la mayoría absoluta del partido gobernante, que tienen un gran calado en la práctica y que, entendemos, incluso constituyen un *retroceso* en la protección real de los derechos fundamentales y *logros* adquiridos hasta este momento.

considerarse como auténticos trabajadores de esta Institución estatal, y nos obliga a la consideración global de los mismos, preguntándonos incluso, desde un plano de igualdad, en la justificación de la actual diferenciación de los estatutos que se les aplica, según sean o no militares de carrera¹⁵, realizando algunas alusiones en cuanto a la regulación de sus condiciones laborales y los conflictos que puedan surgir en relación a sus derechos, individuales y colectivos, por su especial función y especiales condiciones de actuación y desarrollo profesional.

Intentaremos analizar la evolución normativa observada durante estos últimos años en estos campos, para adecuar esta cambiante realidad, en relación al respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de funcionamiento de las Fuerzas Armadas, fundamentalmente en materia de igualdad y de personal al servicio de las mismas, para delimitar si efectivamente las restricciones que se han ido produciendo y que existen en la actualidad, son acordes o no con estos criterios de legalidad, necesidad, oportunidad y proporcionalidad que iremos definiendo y desarrollando inicialmente en el trabajo como premisa de partida.

Y asimismo realizaremos un análisis de jurisprudencia destacada recaída en la aplicación de dicha normativa, pues a nadie

¹⁵ El art. 3 de la vigente Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, que puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-19880> (última visita el 27/05/2017) diferencia en su apartado 1º que los españoles podrán vincularse profesionalmente con las Fuerzas Armadas (aunque también se admite la vinculación temporal de extranjeros) de tres formas, como *militares de carrera*, que son los únicos que presentan una vinculación permanente con las Fuerzas Armadas, y como *militares de complemento* o como *militares de Tropa y Marinería*, que tienen una vinculación temporal (por contratos) con las Fuerzas Armadas, los de complemento como oficiales, y los segundos como personal de Tropa y marinería. La mayor problemática la tendrán estos militares contratados temporalmente que se encuentran totalmente discriminados, a nuestro juicio, sin justificación razonable alguna, por el único hecho de su vinculación temporal.

escapa que si bien al legislador le incumbe el desarrollo normativo en estas materias, será a la jurisprudencia¹⁶ la que le corresponda la interpretación correcta a la hora de la aplicación de la norma y, en consecuencia, la que articulará, en la práctica, el auténtico respeto en mayor o menor medida, de lo que antes habremos definido como *contenido esencial* de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Y por último, para justificar la necesidad de realización de este trabajo, que ya parece obvia por la multitud de cambios producidos en estos últimos años en esta Institución, debemos destacar que el estudio que iniciamos no abarca tan sólo al personal al servicio de las Fuerzas Armadas (y obviamente a sus familias indirectamente), sino también al personal de la Guardia Civil, puesto que si bien a finales de la década de los 90, y posteriormente, en el año 2007, se produjo un intento de diferenciación estatutaria de este colectivo de Guardias Civiles en relación al personal de las Fuerzas Armadas, la realidad práctica, jurisprudencial y normativa posterior viene produciendo un acercamiento nuevamente del régimen estatutario de ambos colectivos, con la tendencia a la aplicación general de la normativa militar a los miembros de la Guardia Civil en base a su estructura jerarquizada y *naturaleza militar*, aplicación que, desde luego, no compartimos, al menos en cuanto a sus

¹⁶ Y no nos referimos únicamente a la “jurisprudencia en sentido estricto” sino también a la denominada “jurisprudencia menor”, pues fundamentalmente será ésta la que diariamente analizará la concordancia o no a “derecho” de las numerosísimas instrucciones, circulares y desarrollos normativos que se realizan por los “Mandos” militares, que son las que en realidad se aplican en la práctica. En otras palabras, y como desarrollaremos ampliamente, en el ámbito militar no sólo se aplica aquella máxima del Conde de Romanones de “Ustedes hagan la ley, que yo haré el reglamento.”, sino que incluso los propios reglamentos del ejecutivo son “desarrollados” por los mandos militares mediante, órdenes generales, instrucciones y circulares limitando injustificadamente, en muchas ocasiones, los derechos de los militares.

misiones diarias y ordinarias como Cuerpo de Seguridad del Estado¹⁷.

Por eso, aunque en este trabajo nos refiramos continuamente al personal de las Fuerzas Armadas, en realidad, casi la totalidad de sus conclusiones pueden referirse a la Guardia Civil, ya sea por presentar regulaciones estatutarias paralelas y significativamente parecidas, ya sea por la propia y explícita referencia que se hace en la mayoría de las normas militares en cuanto a su aplicación a la Guardia Civil y viceversa, o ya sea por la *realidad práctica* que hemos venido constatando durante años de ejercicio profesional del derecho en este ámbito por la aplicación, incluso con más dureza, a la Guardia Civil de la disciplina militar y del Código Penal Militar, que a los propios miembros de las Fuerzas Armadas¹⁸.

Por tanto, nos encontramos con un *colectivo de profesionales*, entre Fuerzas Armadas y Guardia Civil, que supone cerca de la mitad del total de personal al servicio de la Administración General del Estado, con más de 211.000 efectivos personales (más de 131.000 efectivos en las Fuerzas Armadas y más de 80.000 en la

¹⁷ Dejando aparte, como mucho, su eventual participación en misiones militares de carácter internacional, misiones en las que podríamos deslindar aquellas que únicamente revistieran carácter policial, en las que consideramos que tampoco necesitarían ninguna *naturaleza militar* ni aplicación de la normativa propia de las FAS, que sólo debería reservarse, por razones organizativas y de funcionamiento, cuando actuaran conjuntamente o bajo el mando de las FAS, en desarrollo de las funciones propias y específicas de éstas.

¹⁸ De hecho, el ex Magistrado de la Sala 5ª (De lo militar) del Tribunal Supremo, D. ANGEL JUANES PECES, cifra en el 95% el número de asuntos tramitados en esa Sala referidos a materias contencioso-disciplinarias propias de la Guardia Civil. Así puede verse en su artículo “La jurisdicción militar. Régimen legal vigente: especial referencia a la sala quinta del tribunal supremo: perspectivas de futuro” en GIMENO SENDRA, V. (Dir.) *El tribunal supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Madrid, 2007. Iustel, pp. 17-30.

Guardia Civil)¹⁹, junto a sus familias, afectados por este *estatuto* laboral propio y diferenciado, con la consiguiente limitación o incluso exclusión total, de algunos de sus derechos fundamentales.

Podría parecer que estos datos, a nivel nacional, no fueran muy significativos, pero baste comparar que el personal de la Administración de Justicia (contando tanto a nivel estatal como de las CC.AA.) es tan sólo la cuarta parte de esos efectivos personales, el personal de Universidades públicas supone menos de las tres cuartas partes de esos efectivos personales, o, que esos más de 211.000 militares y guardias civiles, suponen casi la mitad del personal sanitario, del personal docente no universitario, o del personal destinado en los ayuntamientos en toda España²⁰.

La mayoría de estos otros colectivos de profesionales públicos tienen, desde la llegada de la democracia, además de los sindicatos generales que velan por sus intereses profesionales, personales y familiares, sindicatos o asociaciones sectoriales específicos, mientras que para el ámbito del personal militar y de la Guardia Civil, tan sólo en estos últimos años (año 2007 para la Guardia Civil y 2011 para las FAS)²¹, se ha permitido legalmente

¹⁹ Los datos de efectivos en las FAS a 31-12-2016 son extraídos de la Resolución 430/38001/ 2017, de 2 de enero, de la Dirección General de Personal, para la aplicación de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (BOE Núm. 7 del 9 de enero de 2017 Sec. III. Pág. 1051), y en relación a la Guardia Civil según consulta realizada a 9/04/2017 en <http://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/>

²⁰ Estos datos son extraídos a fecha julio 2016 (última visita 9/04/2017) de la página: http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b0d4fa63-4c63-4f36-aa20-c64256cc121d/BEP_JULIO2016.pdf (Tabla I.1 Pág. 29)

²¹ En este sentido, las asociaciones profesionales en la Guardia Civil son permitidas legalmente por primera vez por el art. 9 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia

crear *asociaciones profesionales* para la defensa de sus específicos intereses, asociaciones que ni siquiera han sido dotadas de los medios económicos adecuados para ejercer auténticamente sus funciones, y a las que, en la práctica, se les imponen modos o condiciones de funcionamiento que les impiden realizar convenientemente sus cometidos específicos.

Como podremos apreciar, hasta el momento nunca ha *preocupado* el estudio de esta problemática a la Administración; no existen estadísticas, no existían asociaciones profesionales ni sindicatos que realizaran estudios sobre las condiciones laborales de estos colectivos²², y ello se debía fundamentalmente a varios motivos.

Por un lado, hasta hace muy poco, en las Fuerzas Armadas realmente existía un *estamento privilegiado* (diferenciados también sus privilegios por categorías profesionales y Escalas) que era el personal Militar de Carrera, dotado de ciertos *privilegios sociales* (economatos, residencias sociales, vacacionales, casas militares, etc.) que *paliaban en cierta medida* sus restricciones de derechos y “*abnegadas*” condiciones laborales y salariales, pero que se han ido perdiendo, de forma coherente a los postulados de nuestro estado de derecho, durante estos últimos años. Colectivo que por disponer de dichos “*privilegios*”, propios de épocas anteriores, en principio y

Civil, y en las Fuerzas Armadas por el art. 14 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

²² Aunque como veremos, y desarrollaremos convenientemente en este estudio, fundamentalmente cuando abordemos los derechos de asociación y sindicación, han existido en la “clandestinidad” asociaciones que han luchado por estos derechos desde mucho antes de su reconocimiento legal, con la mayoría de las cuales ha tenido ocasión de colaborar el autor de este estudio durante años.

como regla general, no estaba necesitado de más *protección* que la que les otorgaba el propio Estado que “*velaba por sus intereses*”²³.

Frente a ese colectivo *privilegiado*, se encontraban los soldados de *reemplazo*, que acudían a las FAS de forma temporal para cumplir el Servicio Militar Obligatorio²⁴ y por tanto, por esa sujeción tan sólo temporal a estas condiciones laborales, no tuvieron la “*necesidad*” de organizarse como grupo social reivindicativo²⁵.

Esta situación en las Fuerzas Armadas ha cambiado en los últimos años con la incorporación de la mujer a las FAS y la problemática específica que ello ha originado, así como por la profesionalización de nuestras Fuerzas Armadas²⁶, formando ahora la inmensa mayoría de su personal el personal de Tropa y Marinería profesionales, la escala *base* desde el punto de vista jerárquico y

²³ En este sentido, es de recordar el artículo ciento ochenta y uno de las RR.OO. para las FAS (Ley 85/1978, de 28 de diciembre), que establecía “*Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa...*”. Estas RR.OO. para las FAS hoy han sido sustituidas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

²⁴ Incluyendo en este colectivo al personal de complemento y “*reenganchado*” existente con anterioridad a la profesionalización del Ejército, inicialmente concebidos también con carácter temporal, como en la actualidad, pero que se han ido integrando en su mayor parte, como militares de carrera.

²⁵ Aunque en los últimos años de vigencia del servicio militar obligatorio, y fundamentalmente por motivos de la regulación de la denominada *objeción de conciencia y prestación social sustitutoria* del servicio militar, se crearon unas Oficinas de Defensor del Soldado, de carácter extraoficial, que realizaron numerosas actuaciones legales y reivindicativas para este sector de personal de las FAS.

²⁶ No olvidemos que la incorporación de la mujer a las FAS en España se produce por Real Decreto Ley 1/1988, de 12 de febrero, aunque la realidad práctica de su incorporación, coincidirá con la desaparición del servicio militar obligatorio en el año 2001.

funcional, donde se detectan la mayoría de los problemas, no ya sólo laborales, sino también en materia disciplinaria y penal²⁷.

Por eso, es ahora donde se produce una mayor situación de “*tensión laboral*” en estos colectivos, que en realidad veremos se encuentran discriminados normativamente, y surge la necesidad de su organización reivindicativa, dado que por sus intereses se ha demostrado prácticamente que “*no vela el Estado*”.

Esta “*discriminación práctica*” también se producía en las *bases* de la Guardia Civil (Escala de Cabos y Guardias) que en su inmensa mayoría han sido tradicionalmente profesionales, y en cuyo colectivo surgió antes, en nuestra historia más reciente, la “*necesidad*” de agruparse y reivindicar sus derechos laborales y como ciudadanos, de ahí la consecución anterior a la de los miembros de las Fuerzas Armadas de la “*legalización*” de sus asociaciones profesionales, pues históricamente se crearon con anterioridad los *sindicatos clandestinos* en la Guardia Civil²⁸.

²⁷ Más cuando los actuales mandos militares (con una media de edad superior a los 40 años, según las estadísticas de militares de carrera antes referenciadas) ejercieron su Autoridad durante muchos años con militares de reemplazo y no profesionales, no habiendo cambiado su “*mentalidad*” muchos de ellos, en el sentido de que ahora tienen auténticos soldados profesionales bajo su mando.

²⁸ No se quiere con ello quitar históricamente reconocimiento alguno, en materia de democracia y derechos humanos, a los miembros de la Unión Militar Democrática, Oficiales de las Fuerzas Armadas, muchos de ellos represaliados penal y disciplinariamente, y quienes con anterioridad hicieron una gran y poco reconocida labor en la época de la transición española hacia la democracia. Ni tampoco, previamente, y en concreto en reclamación de los derechos y libertades de los miembros de las FAS, a los precedentes existentes de asociaciones militares republicanas o las Juntas de Defensa de Oficiales y de Suboficiales, todas ellas ampliamente “*represaliadas*” bajo la justificación de que por sus intereses “*velaba el Estado*”. En este sentido, podemos ver un relato histórico del asociacionismo militar en el libro CARRILLO CORDERO, F., DEL ÁLAMO ANDRÉS, M y GRABRIEL AYUSO, J.M., *Ciudadanos y Soldados. El asociacionismo militar y otras batallas por los derechos en el Ejército Español*, Valencia, 2008, Brosquil Edicions.

Y por último, no se ha de olvidar que la inmensa mayoría de los actuales mandos militares, tanto en sus escalas y empleos superiores como intermedios, ya han sido *educados* en democracia, por lo que se plantean la *necesidad* de revisar las propias limitaciones y restricciones establecidas tradicionalmente en sus derechos, que consideramos no han sido revisadas en estos años por dos motivos; por un lado por el temor o falta de valentía de nuestros dirigentes políticos a la hora de afrontar estos cambios en esta Institución, ya fuera por temor a alterar su funcionamiento o por temor a las actitudes de las antiguas jerarquías militares pre constitucionales, y por otra parte, fruto del inmovilismo de estas jerarquías militares, buscando perpetuar unas condiciones normativas y legales favorecedoras hacia las mismas, aunque sea en detrimento de estos profesionales²⁹.

²⁹ En este sentido, es interesante la aportación realizada (aunque refiriéndose a la Guardia Civil, pero ya hemos señalado que tradicionalmente este colectivo (sobre todo sus bases) es aquel sobre el que más se ha aplicado la disciplina militar y se han limitado hasta la saciedad sus derechos laborales) por Xavier Marín (Jefe de Policía Local en Cataluña y miembro del Consell Nacional del PSC) cuando narra los contactos de las asociaciones de la Guardia Civil con el PSOE para su legalización en el libro CARRILLO CORDERO, F. y DEL ALAMO ANDRÉS, M., *Los Guardias Civiles. Esos ciudadanos uniformados*, Alcira (Valencia), 2001, Germania, pp. 199-206. Significativa es también la expresión del Coronel Amadeo Martínez Inglés en su aportación a ese mismo libro titulada “Por una Guardia Civil moderna y democrática” (pp. 207-209) cuando señala que “*Vuelvo a repetirlo con rotundidad: “No existe ninguna razón para que, en tiempo de paz, una organización encargada de velar por la seguridad de los ciudadanos de un país democrático deba tener carácter militar; con una estructura cerrada y superjerarquizada y con sus miembros carentes de los más elementales derechos personales y sociales”. Si a pesar de ello, se mantiene en España contra viento y marea, la militarización de la Benemérita es, sencillamente, porque la anómala situación en la que se encuentran las decenas de miles de sus sufridos profesionales resulta muy cómoda para los altos mandos de la Institución (y en definitiva, para los políticos que la dirigen) que así pueden manejar a su antojo, como auténticos “esclavos sociales” a unos indefensos subordinados incapacitados para denunciar los frecuentes abusos de autoridad de que son objeto o simplemente para recurrir, por una vía distinta a la jerárquica que nunca*

La mayoría de los mandos militares actuales son conscientes de que esta situación no puede continuar, que debe revisarse la forma de actuar y la normativa específica que regula esta Institución, democratizando auténticamente sus estructuras, y ello porque esos mandos actuales han sido formados, incluso en las Academias militares, en los propios valores fundamentales que constituyen los derechos fundamentales propios e inalienables de los ciudadanos de nuestras sociedades occidentales, siendo conscientes de que su respeto es esencial para el mantenimiento de nuestras democracias³⁰.

Sin embargo, todavía quedan autoridades y jerarquías militares que, de forma minoritaria, con actitudes propias de otros tiempos, o tal vez por la *comodidad* de ejercer el mando sin capacidad alguna de liderazgo, únicamente en base a la rígida disciplina militar, confunden el sentido del tradicional término romano de *Auctoritas* con la *arbitrariedad* en la toma de sus decisiones y el ejercicio de su *autoridad*, creyendo que están dotados de dicha *Auctoritas* cuando en realidad lo único que ejercen es una *Potestas*, reconocida legalmente, haciendo y deshaciendo en las Unidades y personal bajo su mando aquello que les place, sea o no legal³¹.

les dará la razón en contra de sus superiores, las pequeñas anomalías administrativas que pueden surgir en su vida diaria y unos remuneraciones acordes con su transcendental misión”.

³⁰ No obstante, existe todavía hoy en la actualidad otro colectivo de mandos que pugnan abiertamente por el respeto de sus anteriores privilegios, de la etapa franquista, sin tapujos de ningún tipo, como se relata detalladamente en PITARCH BARTOLOMÉ, J.L., *Memoria irredenta del franquismo. La reconciliación del embudo*, Barcelona, 2009. Flor del Viento.

³¹ Es de recordar que en Derecho romano la *auctoritas* constituía una cierta legitimación socialmente reconocida a una personalidad o institución, que procedía del reconocimiento a la misma de un saber y una capacidad moral para emitir una opinión cualificada a la hora de tomar una decisión; podríamos decir que hoy se correspondería, en el ámbito que analizamos, con la capacidad de liderazgo de los mandos militares (cuyos subordinados obedecen por lealtad y convicción), y no

Y todas estas cuestiones, que afectan a este colectivo extenso cuyo estatuto se ve regido no sólo por una normativa específica, sino también por una *jurisdicción especial*³², como es la *jurisdicción militar*, cuya necesidad de permanencia y vigencia también será objeto de estudio en este trabajo de una forma muy crítica.

sólo por el posible ejercicio de su *potestad disciplinaria*. En este sentido apuntamos el caso de lo que consideramos un auténtico “abuso de potestad” y poca *autoritas* en el caso de la Juez Militar titular del Juzgado Togado militar nº 12 de Madrid que fue *retenida* en el despacho del Coronel Jefe de la Base aérea de Getafe hasta que no le dijera lo que buscaba, y expedientada por no haberle pedido autorización para registrar su base militar, en una investigación que realizaba esta Juez por una presunta corrupción en dicha base, teniendo que solicitar amparo al Consejo General del Poder Judicial, que finalmente le fue otorgado; esta increíble noticia puede verse en los siguientes enlaces (a fecha 04-01-2017): http://politica.elpais.com/politica/2013/06/23/actualidad/1372011998_508799.html
<http://www.elmundo.es/espana/2014/04/02/533baf79ca47412a798b456c.html>
http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/La_Permanente_d_el_CGPJ_acuerda_conceder_el_amparo_a_una_juez_togada_militar_de_Madrid
<http://www.luissolana.com/?p=7030>

³² Señalar que aunque se pretende por algunos calificarla como una *jurisdicción ordinaria especializada*, realmente consideramos que es una auténtica jurisdicción especial que no reviste garantías de imparcialidad e independencia de las que debe gozar cualquier jurisdicción, con arreglo a las exigencias constitucionales, y que además normativamente está siendo objeto de una “*vis atractiva*” que rompe también mucho con las exigencias constitucionales que la regulan. Cuestión que hay que revisar en profundidad y más con el reciente Código Penal militar que incluso puede considerarse que ha ampliado esferas de enjuiciamiento de delitos para la jurisdicción militar que no deberían nunca, a juicio del autor de este trabajo, tramitarse en la misma, como es el caso de los abusos de autoridad de tipo sexual, modificación *estrella* del recientemente aprobado Código Penal Militar que consideramos que deberían tramitarse en la jurisdicción penal *ordinaria*, donde perfectamente cabe aplicar, además de los específicos delitos contra la libertad sexual del Código Penal ordinario, agravantes de abuso de superioridad por razón del empleo, puesto que el Derecho Fundamental a la Libertad sexual, y el delito común de atentar contra esta libertad, está muy por encima del valor disciplina propio del delito de abuso de autoridad que sería el que ha motivado que la competencia de enjuiciamiento se dirija hacia la jurisdicción militar, a nuestro juicio, excediéndose del ámbito estrictamente castrense.

Además, es de resaltar que la propia sociedad española, en estas últimas décadas, ha experimentado una profunda *conciencia democrática*, y también en el seno de las Fuerzas Armadas, por lo que algunas limitaciones o restricciones que existían inicialmente en relación a los derechos de sus miembros, por razones de control de esta Fuerza, recién instaurada la democracia, ya han dejado de tener sentido y deben ser revisadas.

Sentadas a grandes rasgos las razones de la necesidad de realizar un estudio en profundidad de la materia que nos ocupa, el respeto a los Derechos Fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas, a la vista de todos estos factores que condicionan en gran medida la normativa estatutaria que se ha producido para este personal durante estos años, y a la vista de que existen pocos o mínimos estudios sectoriales realizados en profundidad, en este trabajo ya adelantamos que nos dedicaremos tan sólo a reflejar algunas disfuncionalidades que hemos podido observar a lo largo de los años, dejando abierta la vía al estudio posterior en profundidad de cada una de las mismas, y nos dedicaremos con mayor profundidad fundamentalmente, a dos cuestiones.

Por un lado, a tratar precisamente el hecho de que la protección de los derechos fundamentales en general no se encuentra debidamente garantizada en el seno de las Fuerzas Armadas, por estar residenciada su protección primigenia en el ámbito de una jurisdicción que no presenta las garantías de imparcialidad e independencia adecuadas para efectuar esa defensa con absoluta libertad, fuera de criterios políticos o de dirección del propio Ministerio de Defensa.

Y por otro lado, un análisis de la entrada de la mujer en las Fuerzas Armadas, para comprobar si se ha producido en las debidas condiciones de igualdad, y se han dispuesto los medios necesarios para que dicha integración sea plena y efectiva.

Una vez analizados en profundidad estos dos aspectos principalmente, quedará pendiente de investigación y desarrollo en profundidad el estudio del desarrollo normativo y funcionamiento de los distintos derechos fundamentales analizados individualmente, lo que será la línea de investigación a seguir posteriormente como complemento a este trabajo inicial.

B. Dificultades en la realización del estudio.

Para abordar todas estas complejas cuestiones iniciales que hemos planteado, debemos comenzar reflejando la tremenda dificultad que supone su estudio por varios motivos.

En primer lugar, y como hemos avanzado, nos encontramos prácticamente con una ausencia de artículos doctrinales publicados sobre el objeto de esta investigación.

Decimos que existe una práctica ausencia de artículos pues los existentes o no están actualizados, o son muy sectoriales, respondiendo tan sólo específica y puntualmente a algunos de los problemas detectados siquiera tangencialmente. Y además, la mayoría de ellos son de difusión limitada o interna en las distintas publicaciones de las propias Fuerzas Armadas y de difícil o imposible localización para el investigador.

Y si ya resulta prácticamente imposible acceder no sólo a los escasos artículos doctrinales internos, también tendremos múltiples dificultades para acceder a muchas de las Órdenes Ministeriales de Defensa³³, que no son publicadas en el Boletín Oficial del Estado,

³³ La mayor parte de las normas internas militares son desarrolladas por Instrucciones Técnicas que sólo pueden localizarse en la “*intranet*” de Defensa, las publicaciones, salvo las históricas, debe procederse a su compra tras identificarse,

sino tan sólo en su momento³⁴ en el Boletín Oficial de Defensa, y aún más dificultad se encontrará para acceder (sólo por intranet) a las distintas resoluciones, circulares e Instrucciones que regulan la mayor parte de los aspectos cotidianos de la *vida militar* y su *estatuto específico*³⁵.

Por otro lado, y aun cuando existe un Servicio de Estadística³⁶ y un relativamente recién creado Consejo Asesor de

e incluso justificar la necesidad de su obtención, siendo identificativo de esta situación, a modo de ejemplo, el artículo publicado en el año 2010 cuando se retiró la posibilidad de acceder gratuitamente al Boletín Oficial de Defensa por Orden 74/2010, de 21 de diciembre, en una de las asociaciones profesionales de militares: <https://www.aume.org/noticia.aspx?cod=7203>, (última visita el 09/04/2017), o el posterior artículo publicado por otra asociación profesional de militares de tropa y marinería tras la reforma operada por la Orden Ministerial 80/2013, de 26 de diciembre) que le impidió publicar en su página web el citado BOD, que puede verse en <https://www.atme.es/boletin-oficial-de-defensa/> (última visita el 09/04/2017). Artículos ambos refundidos en la publicación digital del diario el país (última visita el 3/02/2016) http://politica.elpais.com/politica/2013/03/07/actualidad/1362686607_327970.html

A efectos prácticos, puede intentarse conseguir en cualquier base de datos legislativa o en internet estas órdenes ministeriales y podrá comprobarse la dificultad de su obtención.

³⁴ Actualmente ya ni siquiera se publica el Boletín Oficial de Defensa digitalmente de forma pública, sino por suscripción.

³⁵ Así, cuestiones tan fundamentales (que afectan directamente a Derechos Fundamentales como la Salud, la intimidación personal o la dignidad) como son las propias bajas laborales de los militares, en cuanto a la regulación de su control y concesión, la forma de realización de controles de detección de drogas y alcohol, etc., no se pueden acceder públicamente a dicha normativa.

³⁶ A este respecto podemos observar el recientemente publicado plan de estadísticas que se van a abordar, según la Orden Ministerial 65/2016, de 29 de noviembre, por la que se aprueba el Plan Estadístico de la Defensa 2017-2020, y vemos que realmente pocos aspectos interesantes se desarrollan en relación a la materia que aquí nos ocupa. Esta OM se puede encontrar en la página (última visita el 9/04/2017) <http://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/OM-65-2016.pdf>

Personal³⁷, un Observatorio de la vida Militar³⁸, o un Observatorio de igualdad de trato para la mujer en las FAS³⁹, ya sea por su reciente creación, por la más que probable insuficiencia de medios personales y materiales, y la seguramente en mayor medida, ausencia de voluntad política suficiente para garantizar su adecuado

³⁷ El Consejo Asesor de Personal (COPERFAS) se creó por el artículo 48 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y en el Real Decreto 910/2012, de 8 de junio se aprueba su Reglamento. Su cometido es formalizar las relaciones entre el Ministerio de Defensa y las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas y poner en marcha mecanismos de información, consulta y propuestas sobre el régimen del personal militar. En la actualidad, según puede observarse en la página oficial de este Consejo <http://www.defensa.gob.es/ministerio/organigrama/subdef/coperfas/>, (última visita el 9/04/2017) están representadas en el mismo (un representante y dos suplentes) las Asociaciones siguientes: Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas (ASFASPRO) Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME) Asociación de Tropa y Marinería Española (ATME) Asociación de Militares de Tropa y Marinería (AMTM) y la Unión de Militares de Tropa (UMT). Ahora bien, como se puede observar en el informe del año 2015 del Observatorio de la Vida Militar, (última visita el 9/04/2017) <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/doc/PdfT076-16Observatoriovidamilitar2015.pdf> a su pág. 59, “Dos de las Asociaciones Profesionales con representación en el Consejo de Personal han manifestado su intención de abandonar este Consejo debido a la poca disposición del Ministerio de Defensa para tener en cuenta las cuestiones presentadas por las asociaciones.”

³⁸ En relación al Observatorio de la Vida Militar, desde su reciente creación, ha publicado únicamente un informe en relación al año 2015, que puede extraerse, como hemos citado en (última visita el 9/04/2017) <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/doc/PdfT076-16Observatoriovidamilitar2015.pdf> y en el que se pueden observar las “dificultades que presenta para su propio funcionamiento y elaboración de informes (pp. 25- 27).

³⁹ En la actualidad se denomina “Observatorio militar para la igualdad entre mujeres y hombres en las Fuerzas Armadas ” y su trabajo puede verse en el siguiente enlace (última visita el 9/04/2017): <http://www.defensa.gob.es/ministerio/organigrama/subdef/digenper/omi/> aunque si observamos tan sólo es un órgano consultivo, no gestor, y sus estadísticas se “limitan” a número de efectivos en las FAS (hombres y mujeres) de los últimos años, sin que tenga datos de interés en cuanto a su propio funcionamiento.

funcionamiento; nos lleva a que en realidad tengamos una auténtica ausencia de estadísticas en relación a la problemática que pueda existir en este colectivo de profesionales públicos en cuanto a la violación de sus derechos, o cuanto menos, a una ausencia de publicación de tales estadísticas si realmente existen y se han realizado.

Pero es que también es de destacar que se usa *descaradamente* para evitar la consulta de cualquier archivo o registro administrativo, con excesiva amplitud, las cuestiones de *seguridad o defensa nacional*, produciéndose una continua ocultación de los mismos y falta de transparencia, en total discordancia con el art. 105.b) de la propia Constitución Española⁴⁰.

En efecto, este artículo constitucional establece que la ley regulará “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Pero esas *salvedades* de la seguridad y defensa del Estado, en la materia que aquí nos ocupa, son excesiva y poco rigurosamente aplicadas⁴¹.

Así se produce en numerosas situaciones, citando como ejemplo cotidiano en la práctica el caso de los Informes Personales de Evaluación y Calificación (IPEC,s) individuales que se utilizan

⁴⁰ En este sentido es muy interesante el documento (presentación de power point) que puede verse en la siguiente página web: http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/Jornadas-Congresos/2009_IJADPO/IJADPO20090226AGO.pdf (última visita el 9/04/2017) titulado “*Los límites del Secreto Oficial. Documentos clasificados y documentos inaccesibles en los archivos del Ministerio de Defensa*” publicado por GONZÁLEZ QUINTANA. A, Presidente de Arhiveros Españoles en la Función Pública (AEFP) en el congreso de esta asociación del año 2009.

⁴¹ Recordemos que es una excepción a un valor constitucional como es la publicidad y la transparencia de la función pública, y por tanto deberá interpretarse restrictivamente.

para los sistemas de evaluación y ascenso. Esta materia es importantísima para los propios militares, por cuanto estos Informes de Evaluación son utilizados para sus ascensos, que en la actualidad son en su inmensa mayoría por *selección* a través de estas evaluaciones⁴², e incluso para su permanencia en las FAS. Un elevado número de veces, estos informes no se confeccionan con la necesaria objetividad⁴³, sin que se permita recurrir los mismos⁴⁴, ni en ocasiones, ser fotocopiados o simplemente ser vistos o analizados por los propios abogados defensores de los interesados⁴⁵.

⁴² Esto particularmente tendrá efectos también en la propia ausencia de independencia e imparcialidad de los miembros de la Jurisdicción Militar, como analizaremos en este trabajo, por cuanto de esos ascensos “*selectivos*” dependerá o no ostentar los empleos necesarios en los miembros del Cuerpo Jurídico Militar para poder ser posteriormente “*elegidos*” por el Consejo General del Poder Judicial para ocupar Juzgados y Tribunales Militares. Y no olvidemos que la mayoría de las violaciones de derechos fundamentales que se produzcan a los militares por motivo de su trabajo como tales, serán enjuiciados en esta jurisdicción.

⁴³ En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, de 15 Oct. 2014, Rec. 3040/2013 Ponente: Maurandí Guillén, Nicolás Antonio. (CENDOJ Roj: STS 4568/2014) cuando establece la legitimidad a derecho de la Orden Ministerial que regula estos Informes, pero reconoce la falta de motivación existente a la hora de la individualización de los mismos y la posibilidad de su anulación por este motivo.

⁴⁴ Se consideran los mismos “actos de trámite” sin posibilidad de recurrir ni anular, como puede verse, a modo de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 5ª, de fecha 12-02-2014, en la que se solicitaba la nulidad de los IPEC,s de diversos años, en un caso tramitado por el autor de este estudio (CENDOJ: Roj: SAN 578/2014), aunque también han existido resoluciones excepcionales que han permitido dicha anulación, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, de fecha 19-05-2006, recaída en el recurso 2615/2003, Ponente D. Eduardo Herrero Casanova (CENDOJ: Roj: STSJ AND 943/2006)

⁴⁵ A modo de ejemplo, en el escrito de fecha 17 de noviembre de 2008, de la Asesoría General del Cuartel General del Ejército, dirigido a la Dirección General del Mando de Personal del Ejército de Tierra, bajo el rótulo de “Entrega documentos a interesados en procedimientos” se dice que a los Militares de

A lo anterior, hay que añadir también la propia dificultad extrema en la denuncia de situaciones de violación de derechos que en la mayor parte se ven abocadas a la tramitación en una jurisdicción militar que, como ya hemos avanzado que analizaremos en profundidad, no sólo carece de las debidas garantías de imparcialidad e independencia, sino que también está *centralizada* en un único órgano jurisdiccional, el Tribunal Militar Central, para el enjuiciamiento de conductas a partir de determinado rango o empleo superior (Comandante o Capitán de Corbeta) o en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (para los Oficiales Generales)⁴⁶.

Referenciamos precisamente en este trabajo el reciente caso del Coronel del Ejército del Aire que retiene en su oficina a la Juez Togado Militar que acudió al registro de su Unidad, alegando que a él le correspondía *autorizar* el registro, y que hasta que no le indicara los motivos y lo que iba a registrar no lo autorizaría. Además, se abrió un proceso disciplinario frente a esta Juez por el Tribunal Militar Central, siendo objeto de amparo por el Consejo General del Poder Judicial, y sin mayores repercusiones para el referido Coronel

Empleo, en los expedientes selectivos de renovación de sus compromisos, se les podrán exhibir sus Informes Personales de Evaluación y Clasificación (IPEC,s que son los que se toman en cuenta, entre otros criterios selectivos, para renovarles o no el compromiso) pero no se les permitirá fotocopiarlos por su carácter “reservado” otorgado genéricamente por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28-11-1986. En el mismo sentido, y más recientemente, mediante escrito de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa de fecha 27-12-2016 se niega la entrega a un militar de copia de su propio Expediente Gubernativo (expediente sancionador que concluyó con separación del servicio), que se había solicitado para comprobación de la pertinencia o no de otorgarle derechos pasivos, y se dice que sólo se le debe entregar la resolución sancionatoria, no el expediente, por cuanto el expediente tiene el carácter de “reservado” según el mismo Acuerdo del Consejo de Ministros, y se justifica dicho carácter en “la seguridad y defensa nacional” para excluir el derecho a su obtención exigido según el más reciente art. 14 de la Ley de Transparencia. Sobre esto haremos más alusiones en este trabajo.

⁴⁶ Según los arts. 34.1.a) y 23.2 respectivamente Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM).

que impidió el ejercicio de sus funciones a una Juez Militar, por el simple hecho de ser de un empleo inferior.

Ello da muestras de la ausencia de garantías de imparcialidad e independencia de esta jurisdicción, cuyos miembros están dotados de *empleos militares* y por tanto, dependiendo de las órdenes de sus mandos superiores, so pena de verse inmersos en procedimientos disciplinarios o penales por desobediencia⁴⁷.

Todas estas cuestiones hacen que tan sólo los que realmente han pertenecido a estos colectivos tengan los *instrumentos* adecuados para llevar a cabo un análisis de lo acaecido en estos últimos años en esta institución militar, y se puede realizar desde alguna de las dos perspectivas siguientes: la del *oficialismo* —con los *contactos* adecuados para acceder a bases de datos oficiales—, o desde el *sindicalismo*, esto es, de aquellos que hayamos luchado durante años para avanzar en estos temas de derechos, y a los que nos ponen *zancadillas* y obstáculos legales, modificando normas conforme vamos obteniendo pronunciamientos judiciales a favor de los derechos de estos colectivos.

Hemos de reconocer que se ha dado una apariencia de participación democrática a las recientes Asociaciones Profesionales de militares, se han creado el Consejo Asesor de Personal y distintos Observatorios de derechos dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, la realidad es que no hay una auténtica voluntad política de asumir un funcionamiento adecuado de estas estructuras, como veremos a lo largo de este estudio.

⁴⁷ Obediencia debida que también analizaremos convenientemente en este trabajo para plantearnos si es necesario o no el “refuerzo” de la obediencia en el ámbito de las Fuerzas Armadas en situaciones de normalidad constitucional.

C. Perspectiva de la realización del estudio.-

Para un adecuado análisis de todo lo expuesto, vamos a realizar una breve exposición cronológica de la génesis de los derechos humanos, de la necesidad de su delimitación y limitación, la evolución cambiante de su concepción, los requisitos para su limitación o, incluso, exclusión o anulación, así como distintas consideraciones en relación a la justificación y proporcionalidad de estas restricciones, para luego pasar a un análisis en profundidad del derecho a la igualdad, sobre todo en materia de igualdad de género, y las dificultades que tiene la protección de los derechos fundamentales en general en el ámbito de la jurisdicción militar.

Este estudio no pretende enseñar absolutamente nada en cuanto a estos conceptos generales, pues en materia de derechos fundamentales existen multitud de trabajos que analizan con mayor profundidad estas cuestiones, y por ello, efectuaremos numerosas y continuadas referencias a los mismos. Asimismo, utilizaremos estas continuas referencias no sólo para reconocer la extracción de nuestras manifestaciones de dichos estudios, en un justo reconocimiento de sus autores, sino también para reflejar opiniones o diversas situaciones polémicas que excedan del ámbito de nuestro estudio, sin perder el hilo argumental de lo que pretende ser este trabajo, una visión práctica actual del estado de la situación en relación a la limitación de los derechos fundamentales en el ámbito del personal de las Fuerzas Armadas, particularmente en materia de igualdad de la mujer.

Por las dificultades señaladas del análisis de la plasmación de la realidad práctica en cuanto a la garantía o restricción de estos derechos, más allá de la normativa que los regula en el ámbito militar, y por la ausencia de estadísticas en relación a la problemática

que pueda surgir en este campo, este estudio se ha realizado desde la experiencia personal del autor, tanto como militar de carrera de las Fuerzas Armadas, ejercida durante dieciséis años como suboficial del Ejército de Tierra; como por haber ejercido como Abogado durante ya más de veinticinco años, en el campo específico que nos ocupa, habiendo asesorado y apoyado a las principales asociaciones profesionales militares y de guardias civiles, incluso cuando las mismas actuaban con una cierta *clandestinidad*, por razones de imposición normativa, debiendo figurar *oficialmente*, en sus orígenes, legalmente tan sólo como asociaciones *culturales*.

Por otro lado, ha de reconocerse que el autor de este trabajo, como ya ha avanzado, podría presentar una visión subjetiva plena a favor del respeto de los derechos fundamentales para el personal militar. Dicha subjetividad puede derivar, no sólo de esa labor profesional de lucha durante ese largo período por la consecución del asociacionismo en el ámbito que nos ocupa, sino también por haber sufrido personal y familiarmente la violación de varios de sus derechos fundamentales en aras a una desajustada y desproporcionada *justificación* del mantenimiento de la *disciplina militar*⁴⁸.

Esa experiencia del autor, en el ejercicio profesional de esta materia como militar y como abogado, y la particular situación

⁴⁸ Nos estamos refiriendo a que el autor de la presente tesis fue protagonista directo del primer caso en el que el Tribunal Constitucional Español habilitó expresa y directamente la licitud de la desobediencia a una orden militar por razón del respeto de un derecho fundamental, identificando que la disciplina militar, aun siendo un valor necesario para el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, no podía ponerse por encima de un derecho fundamental. Nos referimos a la Sentencia 177/1996 del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, que se puede visualizar en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3229> (última visita el 9/04/2017).

personal vivida, podría aparentar que existe una continuada, general y desmedida violación de estos derechos en el ámbito que nos ocupa.

Pero ha de reconocerse que ello no es cierto, pues no por denunciar estas cuestiones, no por ser tan críticos como vamos a ser a lo largo de este trabajo, queremos en modo alguno dejar de reflejar el buen hacer, respeto al derecho y a los derechos de los demás, así como la abnegación y profesionalidad de la inmensa mayoría de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

Obviamente, cuando una persona ha vivido graves situaciones de privación de sus derechos, reconocidas jurisdiccionalmente, y ha ejercido profesionalmente en asociaciones reivindicativas de los mismos para el personal de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, fundamentalmente de sus escalas básicas, puede reflejar múltiples situaciones anómalas, abusos de autoridad o supuestos de violación de derechos y libertades, y hasta observar la normativa existente como vacía de contenido en cuanto al respeto adecuado de esos derechos, que en múltiples ocasiones se ven mermados, si no violados totalmente, por las órdenes superiores, ante esa normativa que no ofrece una adecuada garantía para la realización efectiva de los derechos y libertades.

Pero no por ello queremos dejar de destacar la vocacionalidad de la mayoría de sus miembros, su sacrificio personal y abnegación, así como su buen hacer general, significando que las situaciones de denuncia que puedan reflejarse en este trabajo son fruto de esta visión parcial de haber podido comprobar, tanto en primera persona, como en aspecto profesional de abogado en ejercicio en este campo, la existencia de multitud de violaciones de derechos e injustificadas limitaciones de los mismos, lo que, en un colectivo sometido a unas condiciones disciplinarias tan rígidas como el que se analiza, puede darse en la práctica en mayor medida que en otros colectivos, que gozan de instituciones que defienden a sus miembros.

Y estas violaciones de derechos se producen, y deben ser corregidas. Precisamente si sólo se puede dar esta visión subjetiva y práctica, es por la ausencia que venimos manifestando de estadísticas adecuadas, de una adecuada y no *oficialista* labor de investigación sobre estas situaciones que deberían realizar los recién creados Observatorios y Consejo Asesor de Personal si realmente se les dotara de los instrumentos legales y medios materiales y personales adecuados para ello, invitando a la profundización en estos extremos, así como a un valiente análisis de la necesidad de dotar a estos colectivos de auténticos sindicatos que defiendan sus intereses de forma subjetiva, participando activamente en la génesis de las normas que regulan estos estatutos y en las soluciones a los conflictos que, de toda índole, pudieran surgir en el seno de las Fuerzas Armadas.

En definitiva, este estudio pretende ser una denuncia de la existencia real y práctica de disfunciones y limitaciones indebidas de derechos de los miembros de este colectivo, así como una necesidad de transparencia y objetividad en el estudio y funcionamiento de sus estructuras, buscando la participación activa, seria y objetiva, de todos los intereses y sectores afectados en aras a una mejora del estatuto que rige a la Institución militar, en consonancia con los actuales postulados de nuestro actual estado democrático y social de derecho.

Este estudio por otro lado, también pretende ser una primera aproximación, necesaria, para abordar el hecho de que la democracia tiene que entrar plenamente en esta Institución Militar, sin tapujos de ningún tipo, abierta y transparentemente, pues la disciplina militar no tiene por qué suponer, necesariamente, una cortapisa de los derechos fundamentales y libertades públicas de sus miembros, ni ponerse por encima de los mismos. Máxime cuando, como venimos defendiendo y desarrollaremos, a todos los poderes públicos, entre ellos a la Institución Militar, les corresponde, por mandato constitucional,

promover la realización y eficacia plena de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Será necesario, en el futuro, continuar realizando profundos exámenes de estas cuestiones, que eviten el inmovilismo que entendemos que se produce en las Fuerzas Armadas para variar esta situación, pues ese inmovilismo no es acorde al referido mandato constitucional.

En este trabajo, comenzaremos por analizar el derecho de igualdad en las Fuerzas Armadas, particularmente en relación a la incorporación de la mujer en las mismas, y las dificultades que entraña el análisis de las posibles violaciones de este derecho en una jurisdicción, como la militar, por sus especiales características. Dejamos abierto para una posterior línea de investigación y complemento, los estudios del resto de derechos fundamentales, pero no sin ello significar que, en líneas generales, es preciso acometer también violaciones existentes de los mismos en el ámbito que analizamos, justificados indebidamente y sin un análisis en profundidad, con carácter general, en la disciplina militar y los especiales cometidos asignados a las Fuerzas Armadas.

Pero esos estudios realmente en profundidad sólo se podrán realizar adecuadamente cuando se *abran las puertas* de esta Institución Militar con la debida transparencia, sin miedos y de forma valiente, no como ocurre en la actualidad que existe un continuo ocultismo, tal y como hemos manifestado y podremos observar a lo largo de este trabajo.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS, NECESIDAD DE SU RESTRICCIÓN O LIMITACIÓN.

*“La libertad significa supremacía de los derechos humanos en todas partes. Nuestro apoyo va a aquellos que luchan para ganar esos derechos o mantenerlos”.-
Franklin Delano Roosevelt.*

Antes de empezar el estudio concreto de las posibles limitaciones o restricciones de Derechos Fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas y el análisis de su debida justificación, debemos comenzar realizando una breve exposición del propio concepto de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, su evolución, así como del reconocimiento de que su propia coexistencia, y la coexistencia con otros valores también protegidos en nuestros actuales ordenamientos jurídicos, obliga a la existencia de posibles restricciones o limitaciones en su ejercicio.

Pero también hay que comenzar señalando que estas restricciones o limitaciones deberán ser justificadas y razonables, habiendo creado nuestra Jurisprudencia tanto Constitucional como en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, unos requisitos específicos para que puedan producirse, por cuanto, al ser los derechos fundamentales valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, merecen una especial protección y deberá tenderse a maximizar su contenido y desarrollo, interpretando restrictivamente cualquier limitación o restricción a los mismos.

En los siguientes apartados de este trabajo realizaremos una breve pero, a su vez, necesaria exposición de estas cuestiones para llevar una perspectiva adecuada en relación a las manifestaciones

que posteriormente realicemos en atención al objeto concreto de este estudio.

A. Concepto de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.- Su relación con otros derechos y principios constitucionales.

Como ya hemos anticipado, en la evolución histórica de nuestras sociedades, con la llegada del estado liberal, los Derechos Fundamentales aparecieron como garantías de la autonomía individual, como derechos de defensa frente a las injerencias de los poderes públicos en la esfera privada de los ciudadanos.

No obstante, en el Estado social de Derecho, el concepto de los Derechos Fundamentales ha evolucionado, configurándose como derechos de participación en la vida política, social, económica y cultural. Así se dispone específicamente entre otras, en la STC 129/1989 de 17 de julio que establece:

“En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional, impone a los poderes públicos garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputen a tal fin necesarias”.

Con ello, los derechos fundamentales han dejado de ser un freno para el poder del Estado, para pasar a constituir su plena

efectividad un estímulo para el desarrollo legislativo, pues el legislador está obligado a garantizar su efectividad y vigencia.

Como señala STERN, “lo que subyace a los derechos fundamentales no es sólo una imagen del individuo aislado, sino la imagen de una persona situada dentro de una comunidad”⁴⁹.

Por ello, los elementos que definen los derechos fundamentales y sus límites constitucionales constituyen las estructuras fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional actual, pasando de tener un plano meramente subjetivo del individuo, una simple “dimensión subjetiva”, a presentar también una “dimensión institucional”, sin que una dimensión y otra se subordinen ni contrapongan, sino que actúan en relación recíproca y de paridad jerárquica.

En otras palabras, los poderes públicos se encuentran obligados a realizar en la actualidad una política activa a favor de la promoción de los derechos fundamentales y su realización efectiva, por constituir los elementos objetivos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁰, en la medida en la que configuran el sistema de valores constitucionalizado, y no sólo deben limitarse a respetarlos en su dimensión subjetiva.

Ahora bien, como también se puso pronto de manifiesto, el ejercicio de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, puede entrar en colisión con otros derechos y libertades públicas ajenos.

Por ello, para la realización efectiva de estos derechos fundamentales y el ejercicio de esas políticas activas, el legislador

⁴⁹ STERN, K, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania” en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* nº 1, 1988, pp. 261-277.

⁵⁰ STC 25/1981 de 14 de julio

deberá desarrollar los instrumentos jurídicos necesarios para su máxima efectividad, sometiendo cualquier limitación de estos derechos y libertades, para resolver cualquier conflicto o colisión con los derechos y libertades ajenos, al adecuado juicio de proporcionalidad en cuanto a los intereses en juego.

JIMÉNEZ CAMPO, señala que “el derecho fundamental vive a través y por medio de una legalidad a falta de la cual resulta impracticable”⁵¹.

Los Derechos fundamentales y las libertades públicas existen en la medida en que son delimitados y regulado su ejercicio por la legalidad vigente, siendo la adecuada regulación normativa la que hará plena su efectividad, de la forma más amplia posible.

Y ello teniendo en consideración, como siempre se ha manifestado por nuestro Tribunal Constitucional desde sus inicios⁵², que hay que maximizar, a la hora de interpretar la ley, la eficacia y el contenido del ejercicio de estos derechos fundamentales y libertades públicas; tal y como manifestó en diversas ocasiones el Magistrado D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE «Quienes pensamos que la idea actual de democracia exige un mayor y más igualitario disfrute de los derechos fundamentales y las libertades públicas, creemos que

⁵¹ JIMÉNEZ CAMPO J. "El legislador de los derechos fundamentales" en GÓMEZ ÁLVAREZ, U., (Coord.) *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*. Oviedo, 1993. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones.

⁵² A modo de ejemplo, la Sentencia Tribunal Constitucional, Pleno, 66/1985 de 23 May. 1985, Rec. 872/1984 Ponente: Rubio Llorente, Francisco, que en su fundamento de derecho segundo, establece: “*El lugar privilegiado que en la economía general de nuestra CE ocupan los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se consagran, está fuera de toda duda. De ello resulta no sólo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen, sino también la necesidad, tantas veces proclamada por este Tribunal, de interpretar la ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido.*”

es tarea irrenunciable de este Tribunal [Constitucional ...] llevar a cabo con rigor y firmeza una interpretación amplia de los preceptos constitucionales que los enuncian o definen»⁵³.

Podemos por tanto, determinar esa doble dimensión en relación a los derechos fundamentales; una dimensión subjetiva, en cuanto que son auténticos derechos jurídicos que pueden ser alegados ante el juez, en virtud del reconocimiento y amparo que les otorga el Estado⁵⁴; y una dimensión objetiva, pues informan todo el ordenamiento jurídico erigiéndose en componentes estructurales y básicos del mismo, como expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, imponiendo a los poderes políticos y en especial al legislador, el deber de garantizar su efectiva vigencia, lo que constituye la dimensión institucional de los derechos fundamentales, que actúa en un plano igualitario a la dimensión subjetiva del derecho.

Así, considerados desde el punto de vista de sus titulares, los derechos fundamentales se manifiestan como derechos públicos subjetivos, mientras que considerados a partir de sus relaciones vitales, se manifiestan como institutos.

Y esta dimensión institucional de los derechos fundamentales, aunque de aparición posterior en la doctrina, actúa en

⁵³ Citado por BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, 2003. Centro de estudios políticos y constitucionales. Y por CASTAÑO ZULUAGA, L. O. “La interpretación y la práctica judicial desde una perspectiva integral de la Constitución” en *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 37. Núm. 107, 2007, Medellín (Colombia) pág. 354 y ss.

⁵⁴ STC 129/1989, de 17 de julio.

situación de paridad jerárquica con la dimensión subjetiva de los mismos, como derechos individuales⁵⁵.

La consecuencia fundamental de esta dimensión institucional de los derechos fundamentales es que son principios rectores del ordenamiento jurídico, y los poderes públicos tienen la obligación de contribuir a la realización de esos principios, particularmente el legislador y el Tribunal Constitucional, “pues los derechos fundamentales son utilizados por todos los operadores jurídicos, son la guía de toda creación normativa y el límite de ésta”⁵⁶.

Será en este plano donde surge toda la problemática de la aplicación efectiva de los derechos fundamentales. Aunque el Tribunal Constitucional, no parece haber confirmado expresamente su adhesión a esta concepción institucional de los derechos que se

⁵⁵ LÓPEZ PINA, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, Civitas, pp. 76-78- 260-278. HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, 2003. Dykinson. Para HÄBERLE “si los derechos fundamentales son constitutivos tanto para el individuo como para la comunidad, si son garantizados no sólo a favor del individuo, sino también por la función social que cumplen y constituyen asimismo el fundamento funcional de la democracia, de ello se deriva que la garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales han de venir caracterizados por una interrelación de intereses públicos e individuales, lo que no es sino un reflejo de la interconexión en que se haya el individuo y la comunidad. En coherencia con ello, no es posible reconducir los derechos a una contraposición o a una coexistencia de intereses de diferente tipo; por el contrario, se han de caracterizar por una “coincidencia de intereses”. Así el principio a través del cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, según HÄBERLE será el principio de ponderación de bienes. El Tribunal Constitucional en ocasiones ha hecho alusión a este principio, a título de ejemplo, citar su Sentencia 20/1990, de 15 de febrero.

⁵⁶ FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid, 2008, Dykinson.

contiene en la doctrina citada, sí puede apreciarse cierta recepción de esta tesis en numerosas sentencias relativas a los derechos y libertades en los que éstos aparecen con su doble naturaleza jurídica: subjetiva y objetiva⁵⁷.

Y además de esa doble dimensión, como derechos subjetivos, e institucional u objetiva, en el sentido de la obligación de los poderes públicos de garantizar su eficacia y plenitud, como instituciones básicas de nuestras actuales Estados sociales y Democráticos de Derecho, también hay que tomar en consideración que en este ejercicio pleno de tales derechos e instituciones, en el plano de su eficacia, surgen conflictos entre los derechos, propios de

⁵⁷ STC 110/2000, de 5 de mayo. El TC estima el recurso de amparo planteado contra sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, desestimatoria del recurso de apelación frente a sentencia del Juez de lo Penal que había condenado al recurrente, como autor de delito de desacato, por criticar en la sección de opinión de diario murciano un artículo que imputaba al querellante hechos que afectaban a su honor y buena fama. La Sala entiende que la sentencia vulnera los derechos del recurrente a la libertad de expresión e información, pues ni del contenido del artículo puede extraerse que existiera una inveraz imputación de hechos al querellante, ni el mismo supone la mera exteriorización de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable ni, por su tono, supera el límite de una firme defensa de las propias posiciones sobre un asunto de interés general que, como contribución al debate público, merece protección constitucional. Al margen de las prohibiciones anteriores, tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada" (sobre tal "efecto desaliento": STC 13611999 de 20 de julio. FJ 20). Vid. STEDH, de 22 de febrero de 1989, núm. 29 - Barfod c. Noruega-; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y STEDH de 13 de julio de 1995.

la relación con los demás derechos y libertades de las otras personas, o incluso con otros intereses o valores constitucionalmente protegidos.

En otras palabras, no sólo debemos estudiar el contenido de estos derechos y libertades, y procurar su eficacia plena como pilares básicos de nuestras sociedades, sino que cuando se desarrollan en la práctica estos derechos en la sociedad, cuando interaccionan los individuos entre sí, surgirá el siguiente problema, que es el de la propia convivencia entre el ejercicio práctico de estos, tanto entre los individuos como frente a la sociedad, pues existen valores sociales, bienes y derechos constitucionalmente protegidos; que pueden llegar a suponer una restricción o limitación de los derechos de los individuos en favor de la sociedad.

La regulación de estas limitaciones será el principal problema de nuestras sociedades, regulación que deberá evolucionar conforme evoluciona la propia sociedad, pero que deberá siempre hacerse cuidadosamente para no perder el concepto inicial y básico de que son derechos y libertades fundamentales de los individuos basados en la propia dignidad de la persona como tal⁵⁸.

Entre los valores constitucionalmente reconocidos que pueden justificar una limitación de derechos o libertades

⁵⁸ Así, en la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7) nuestro Tribunal Constitucional afirma que "...el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades, el de todas las posibles finalidades pretendidas y menos aún el de todas las clases de acción directa de los trabajadores". Y más adelante dice también: "Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos"

fundamentales, el Tribunal Constitucional ha declarado⁵⁹ que su prioridad debe resultar de la propia Constitución; y en cuanto a los bienes constitucionales limitativos de los derechos y libertades fundamentales, veremos que la jurisprudencia ha sido menos rigurosa, elaborando muy distintos conceptos para tal finalidad.

Entre otros ejemplos, podemos citar “una política de pleno empleo” del art. 40 CE⁶⁰, la igual contribución al sostenimiento del gasto público del art. 31.1 CE.⁶¹, el aseguramiento de la seguridad ciudadana⁶², o el principio de jerarquía como principio estructurador de la Administración Pública, utilizado también en reiteradas ocasiones como garantía del funcionamiento de la Administración en el caso de la particular misión de las Fuerzas Armadas que consagra el art. 81.1 C.E.⁶³.

Es por ello que para una adecuada interpretación del contenido de los derechos y libertades fundamentales, su delimitación y limitación, abogaremos por una interpretación amplia de la propia Constitución, donde el principio de proporcionalidad o ponderación de bienes constitucionalmente protegidos, debe entrar en juego para una adecuada regulación normativa de los mismos. Y ello aunque se predique un carácter directamente normativo de la Constitución, que puede ser invocada ante los Tribunales de Justicia,

⁵⁹ En la STC 22/1984 como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico deben citarse la Libertad, la Justicia y la Igualdad, conforme al art. 1.1 C.E., discutiéndose doctrinalmente la inclusión del valor “pluralismo político”, y precisamente de entre ellos veremos que la STC 50/1991 destaca que el principio de proporcionalidad, a la hora de establecer las limitaciones de los derechos fundamentales, tiene su base en los valores de justicia, igualdad y protección a la dignidad de la persona y en el principio prohibitivo de la arbitrariedad, que sancionan los arts. 1, 9.3 y 10.2 CE.

⁶⁰ STC 22/1981

⁶¹ STC 110/84

⁶² STC 36/82

⁶³ SSTC 81/1983, 69/1989 y 137/1990

pues ello no es más que una pretensión de inmediata eficacia, con independencia y por encima de la ley que, como la mayoría de los preceptos constitucionales, es un precepto programático o de principios, un juicio de validez abstracto, que tendrá que ser ponderado por el Juez que deberá hacer una interpretación sistemática de conjunto⁶⁴.

B. La necesidad de la restricción o limitación de los Derechos Fundamentales.

“En la actualidad la gente sólo se preocupa por sus derechos. Recordarle que también tiene deberes y responsabilidades es un acto de valor que no corresponde exclusivamente a los políticos.” Mahatma Gandhi

Como hemos visto, es admitido con unanimidad por la doctrina y por la jurisprudencia que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino que están sujetos a límites.

Como ya se ha indicado, “los derechos fundamentales han superado, con creces aquella concepción de los mismos que los entendía como esferas de libertad individual ajenas al Estado, y, por consiguiente, a los poderes públicos, y ahora aparecen con toda su fuerza como una realidad ya consagrada en los textos constitucionales que tiene problemas bien diferentes. El actual problema de los derechos no es tanto su reconocimiento y garantías

⁶⁴ Para un detallado análisis de todos estos conceptos, sería necesario también resaltar el estudio realizado por FERRAJOLI, L. “Sobre los Derechos Fundamentales” en *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional* n° 15. 2006, pp. 113-136, o “Las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales” en *Cuadernos de filosofía del derecho* n° 29, 2006, pp. 15-31.

constitucionales, sino el de su realización y vigencia efectivas, que producen inevitables conflictos en la práctica”⁶⁵.

El Tribunal Constitucional Español, desde su primera jurisprudencia, afirma sin excepción que ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado⁶⁶.

Del mismo modo, TOMAS Y VALIENTE, manifestó que: “Dando conferencias o explicando lecciones del programa o escribiendo sentencias, acaso nos hemos dedicado con entusiasmo de ingenuos neófitos a definir el contenido esencial de cada derecho, olvidando quizá poner el mismo énfasis en la enseñanza del límite. Pero la libertad razonablemente ejercida consiste en el cuidado del límite: no en el esfuerzo por llegar hasta el límite, sino en la noble preocupación por no transgredirlo”⁶⁷.

La doctrina ha establecido distintas clasificaciones en relación a los límites de los derechos fundamentales, distinguiendo, a modo de ejemplo⁶⁸, entre límites genéricos, cuando afectan a todos los derechos constitucionales, o específicos, cuando se refieren sólo

⁶⁵ FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, (op. cit.) pág. 32.

⁶⁶ Como ya hemos citado, en las SSTC 11/1981, FJº 9, 159/1986 y 181/1990.

⁶⁷ “*El uso de la libertad*”. Este artículo apareció en la edición impresa del diario EL PAÍS el Sábado, 27 de marzo de 1993, y puede leerse en http://elpais.com/diario/1993/03/27/opinion/733186809_850215.html (última visita el 15/01/2017)

⁶⁸ GARCÍA CUADRADO, A.M., *Sistema constitucional de derechos y libertades*, Alicante, 2000, Club Universitario, pág. 117. MUÑOZ ARNAU, J. A., *Los límites de los derechos en el Derecho español*, Pamplona. 1998. Aranzadi, pág. 115 distingue entre los límites específicos cinco tipos: los derivados de la propia naturaleza del derecho, los derivados de la concurrencia de un derecho con otro, los emanados del status de determinadas categorías de personas, los derivados de exigencias objetivas y los exigidos por circunstancias específicas de carácter temporal.

a un derecho o libertad concreto; y dentro de éstos, diferenciando entre límites expresos, previstos en la propia Constitución, e implícitos, o deducidos del texto constitucional⁶⁹.

En cualquier caso, un primer límite de los derechos fundamentales es el hecho de que todos los derechos reconocidos a los individuos deben ser poder ejercidos simultáneamente también por todos, de donde surgirán conflictos de coordinación de tales derechos.

Y no existirán sólo limitaciones genéricas por la posible colisión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por la coexistencia del ejercicio del mismo derecho de los individuos entre sí, sino también por la colisión con otros derechos fundamentales, valores y bienes constitucionalmente protegidos, que puede presentar cualquier ciudadano en su ejercicio, pues es necesaria una compatibilidad sistemática entre todos ellos.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, establece que (FJ 6º):

“... tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio, vienen a ser vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción,

⁶⁹ Por su parte, el profesor ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 2005, Tecnos, pág. 328, distingue entre límites “expresos e inmanentes”, es decir, aquellos que se originan del propio contenido esencial del derecho, y límites que están constituidos por otros derechos fundamentales. PÉREZ TREMPES, P., *Derecho Constitucional. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* Vol I, Valencia, 2007, Tirant Lo Blanch, pág.153, distingue entre límites internos (los que resultan inherentes a la propia definición del derecho en cuestión, definidos por el legislador y adaptados a la realidad por jueces y tribunales) y límites externos (los impuestos por la ley para hacer posible el ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales, entre los que se encontrarían los límites expresos (generales o específicos) e implícitos (los que se deducen de la propia filosofía del ordenamiento jurídico).

la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la experiencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y la esencia de tales derechos...”

A ello, también podremos añadir que existirán limitaciones de los derechos fundamentales por la especial función desarrollada por determinados sujetos, o en especiales circunstancias, que incluso vendrán determinadas constitucionalmente⁷⁰.

Esto tendrá especial trascendencia en el seno de las Fuerzas Armadas, pues en aras a su correcto funcionamiento, para favorecer su actuación fundamentalmente por medio de la disciplina militar, se producen una serie de restricciones de los derechos fundamentales que pasaremos a analizar desde la perspectiva de la proporcionalidad a la hora de la regulación de tales restricciones o incluso excepciones del ejercicio de Derechos Fundamentales propios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil⁷¹. Es lo que se denominaba por la doctrina administrativista de “relaciones de especial sujeción”, que si bien puede admitirse su existencia, ello no implica de ningún modo un efectivo despojo de los derechos, ni

⁷⁰ En este sentido, es interesante el estudio de limitación a los derechos fundamentales de los Parlamentarios, funcionarios e internos en centros penitenciarios realizada por ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Temas Clave de la Constitución Española, Madrid.2001. Tecnos.

⁷¹ Sin que adoptemos el fácil recurso al tradicional concepto de las relaciones de especial sujeción, como simple recurso para admitir restricciones o limitaciones de derecho por razones de Derecho Público, pues en este trabajo aunque admitamos la posibilidad de restricción o limitación de derechos, entendemos que siempre se deberá exigir una adecuada ponderación o justificación de las mismas, como analizaremos en el apartado siguiente.

siquiera un recorte inmotivado en el ejercicio de los mismos, como analizaremos en este trabajo⁷².

Sólo una ponderación sutil entre el ámbito de protección o garantía concedido por los derechos fundamentales y los límites o restricciones que se les aplican, dará lugar a un ejercicio pleno y eficaz de los mismos.

Los límites de los derechos fundamentales, en esencia, son actos del legislador que los privan de alguna parte de su contenido, y por tanto, deben ser interpretados restrictivamente.

Por otro lado, la Constitución española no contiene ninguna definición explícita de lo que constituyen los derechos y libertades constitucionales. Así, lo más habitual es que el legislador, o el Tribunal Constitucional, determinen el derecho de forma indirecta ante la ausencia de expresión constitucional de sus contornos o fronteras.

Y en cuanto a los límites, hay que comenzar diciendo que en determinadas ocasiones son los propios preceptos constitucionales los que establecen por sí mismos los límites a los derechos. Sin embargo, no son esos límites explícitos que la Constitución impone los que plantean los mayores problemas de interpretación, sino los denominados límites intrínsecos, es decir, los derivados de la interpretación de la Constitución Española en su conjunto.

En cualquier caso, hay que reconocer la intervención del legislador tanto en la delimitación del elemento configurador de los derechos fundamentales como en la configuración de sus límites, pues es el legislador el que los conforma legítimamente, quien crea

⁷² En este sentido, GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, 1992, Tecnos, pág. 38 y ss.

los complejos normativos a través de los cuales se hacen realidad y coexisten los derechos fundamentales.

Y una vez admitida la naturaleza limitada de los derechos fundamentales, el siguiente paso es determinar hasta qué punto se puede proceder por el legislador a su limitación. Al respecto, nuestra doctrina y jurisprudencia ha creado una serie de reglas esenciales que pasaremos a reflejar, si bien de forma simplificada a los efectos de este trabajo, pues su estudio es sumamente complejo en general, excediendo del objeto del presente trabajo⁷³.

C. Requisitos para una adecuada restricción de los Derechos Fundamentales. Aplicación del principio de proporcionalidad.

Una vez admitida la naturaleza limitada de los derechos, la cuestión consistirá en determinar en qué casos y hasta dónde puede el legislador intervenir como limitador.

En esta tarea de delimitación tanto de los derechos como de sus límites, evaluando la proporcionalidad de las medidas limitadoras⁷⁴, juega un especial papel nuestro Tribunal Constitucional pero también, en nuestro ámbito de actuación, con

⁷³ En este sentido es interesante la aportación de AGUIAR DE LUQUE, L., “La noción de los Derechos Fundamentales desde la perspectiva del constitucionalismo iberoamericano”, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.) *Estudios de Derecho Constitucional, Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, 2001. Tirant lo Blanch, Estudios de Derecho Constitucional, pp. 135-166, y AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos Fundamentales” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 14, 1993, pp. 9-34.

⁷⁴ STC 195/2003, de 27 de octubre, ya hace referencia explícita a los “criterios constitucionales de proporcionalidad” lo que supone un avance en la dogmática constitucional de los derechos fundamentales.

nuestra integración en la Unión Europea, debemos tomar en consideración las decisiones que se producen en otros Tribunales de carácter internacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los derechos fundamentales son una manifestación jurídico-positiva de un orden de valores que existe extra y preconstitucionalmente, pues ya se hallaban delimitados incluso anteriormente a nuestra Constitución, en tratados internacionales suscritos por España, y además son interpretados en distintos Tribunales internacionales conforme a dichos tratados. Asimismo, por otro lado, son también verdaderos derechos jurídicos dotados de protección jurídica, alegables por cualquier persona ante los jueces españoles en virtud del reconocimiento y amparo que les otorga el Estado.

Como hemos visto, “son un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”, con la consecuencia de que se “impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia, y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivizados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputen a tal fin necesarias”⁷⁵.

Dentro de los límites de los derechos fundamentales⁷⁶, nuestra Constitución establece no sólo unos límites específicos y

⁷⁵ STC 129/1989, de 17 de julio.

⁷⁶ Constituyendo el punto de partida el respeto de los derechos de los demás, previsto en el art. 10.1 CE, como fundamento del orden político (STC 91/1983) y en el art. 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas.

explícitos para determinados derechos⁷⁷, sino que en muchas ocasiones estos límites son establecidos de forma mucho más genérica⁷⁸, o, incluso, las restricciones o límites son derivados de la propia colisión entre distintos derechos, por lo que sólo una adecuada ponderación entre la protección y garantía de los derechos y los límites impuestos a los mismos, permitirá un adecuado ejercicio efectivo de ellos.

Y en este ámbito de actuación, a la hora de establecer los límites de los derechos fundamentales, como hemos dicho, hay que desarrollar adecuadamente los contenidos en la Constitución tanto explícita como implícitamente. En ello presenta una especial función el legislador, quien no podrá establecerlos de manera que impidan el ejercicio del propio derecho, pues, en ese caso, estaríamos permitiendo la posible anulación desmesurada de su ejercicio.

En este sentido, JIMÉNEZ CAMPO⁷⁹ ha establecido una sutil diferenciación entre *límite* “constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido” y *delimitación* “todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental”.

El Parlamento tiene un ámbito de actuación discrecional, pero deberá respetar los límites de los límites de los derechos fundamentales⁸⁰.

⁷⁷ P.ej. el derecho de reunión del art. 21.1 CE, se circunscribe exclusivamente a las reuniones de carácter pacífico y sin armas.

⁷⁸ P.ej. conflicto del derecho a una comunicación libre con el derecho al honor, intimidad, propia imagen y protección a la infancia y juventud del art. 20.4 CE.

⁷⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J. “El legislador de los derechos fundamentales” en *“Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto”*, *op. cit.*

⁸⁰ BACIGALUPO, M, “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal”, en *Revista Española de derecho Constitucional* n° 38, 1993, pp. 297-315.

Entramos en la problemática de la definición de los “límites de los límites” de los derechos fundamentales, que ha generado multitud de debates doctrinales en nuestros más ilustres constitucionalistas, distinguiéndose para el legislador entre límites formales –reserva de ley– o límites materiales –principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, y garantía del contenido esencial–⁸¹, e incluso distinguiéndose también unos límites para la aplicación judicial de los derechos fundamentales –principio de efecto recíproco entre los derechos fundamentales y la ley que habilita a limitarlos, el principio de efecto de irradiación de los derechos fundamentales y el principio de interpretación de la ley limitadora más favorable o conforme a la efectividad de los derechos fundamentales–⁸².

Como hemos señalado anteriormente, el estado incompleto de la propia regulación constitucional de los derechos fundamentales, propio de cualquier norma de carácter sumarial, hace necesaria la colaboración del legislador a la hora del establecimiento del régimen o estatuto jurídico de los derechos fundamentales. Sin embargo, ello plantea también una serie de problemas, como estamos analizando, y es el peligro de dejar en manos del legislador el propio contenido de estos derechos, inicialmente concebidos como parcelas subjetivas de protección frente al Estado.

Es más, esta colaboración normativa está prevista expresamente en la propia constitución, con el establecimiento de una reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales –art. 81 CE–, mediante reservas específicas de Ley o

⁸¹ STERN, K. “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* n° 1. Septiembre-Diciembre 1988, pags. 261 y ss.

⁸² BACIGALUPO, M., “La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal” (op. Cit.).

habilitaciones puntuales para delimitar determinados derechos, o incluso con la reserva general de ley del art. 53.1 CE, cuando señala que “solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”,

Se trata de una reserva general que habilita, en principio, para la configuración constitucional del derecho, regulando incluso su propia limitación, lo que genera la problemática que estamos tratando, pues a lo largo del articulado constitucional, encontramos otros bienes y valores constitucionales con virtualidad limitadora de los derechos fundamentales, como pueden ser la dignidad humana, el orden público, o los servicios esenciales de la comunidad.

Ahora bien, lo que no es posible es que el legislador eleve a límites de un derecho fundamental un bien o interés jurídico que carezca de rango constitucional si esta posibilidad no está prevista en la propia Constitución, en el enunciado del derecho fundamental, o en una reserva general de ley.

De ahí que nuestro Tribunal Constitucional establece que en todo caso, serán “finés sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”⁸³, entendiéndo, además como contenido esencial del derecho “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte de contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga...”⁸⁴.

Una vez sentado lo anterior, deberemos delimitar cuándo será necesaria la intervención normadora del legislador ordinario y

⁸³ STC 22/1984, FJº 3.

⁸⁴ STC 11/1981, de 8 de abril.

cuándo lo será del orgánico. Ya que una interpretación demasiado amplia del art. 81, en cuanto a hacer objeto de regulación por ley orgánica de cualquier referencia al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, supondría una rigidez inconveniente para la actividad legislativa. Ahora bien, tampoco debemos dejar en manos del legislador ordinario, o incluso del Gobierno, a través de los reglamentos⁸⁵, la regulación básica de los derechos fundamentales, pues eso sería tanto como permitir su limitación a criterio del poder ejecutivo, perdiéndose su contenido subjetivo individual y su concepto inicial.

El Tribunal Constitucional ha admitido incluso la posibilidad de reglamentos que tengan⁸⁶ un sentido adicional, pero no básico⁸⁶, de los derechos fundamentales.

⁸⁵ Recordando a este efecto la famosa frase del Conde de Romanones, tres veces presidente del Consejo de Ministros con Alfonso XIII, de "*Ustedes hagan la ley, que yo haré el reglamento.*" Haciendo hincapié en la posibilidad de que los reglamentos permitan cualquier actuación al gobierno desatendiendo incluso lo querido por el parlamento en sus leyes.

⁸⁶ La STC 67/1984, de 7 de junio establece en su Fundamento Jurídico 2º: "El desarrollo y regulación del ejercicio de este derecho fundamental (refiriéndose al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24), que vincula a todos los Poderes Públicos, corresponde al legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial (arts. 81 y 53.2 de la Constitución), contenido que puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación con los demás", matizando la STC 37/1981 que "La reserva de ley para la regulación de los derechos fundamentales sólo se establece a favor del legislador estatal cuando se trata de fijar las condiciones básicas del disfrute de los derechos de los españoles, así como del cumplimiento de sus deberes constitucionales", pero "no excluye una colaboración normativa, complementaria y legalmente prevista en cada caso, a través del reglamento" (STC 83/1984, FF.JJº 4 y 5). La reserva de ley significa que la regulación primera, directa, básica o esencial, sea materia del legislador constituido, y, sólo en virtud de ley, puede la Administración adoptar regulaciones restrictivas, rechazándose una relación directa de las resoluciones administrativas con la propia Constitución (STC 52/1995).

Deberemos distinguir, por tanto, lo que constituyen elementos esenciales y necesarios para la definición del derecho –el contenido esencial del mismo–, que es reservado a la Ley Orgánica. Pero el *desarrollo* de un derecho consiste no sólo en delimitar sus elementos esenciales y necesarios, sino también, en gran medida, el establecimiento de sus límites⁸⁷, algunos de los cuales podrán venir determinados en la ley ordinaria.

En este sentido, si el texto constitucional se limita a la enunciación del derecho o en el mejor de los casos, a la determinación de sus elementos esenciales, la ley, y en su ausencia el Tribunal Constitucional, serán los que deban delimitar el contenido del derecho fijando su ámbito de actuación, sus límites y los medios de defensa.

Y junto a los requisitos que han de cumplir las limitaciones, como son la necesidad de que una ley las establezca, el art. 53 contiene el denominado “límite de los límites por excelencia”, la garantía del “*contenido esencial*” del derecho.

El Tribunal Constitucional rechaza aquellas limitaciones que “no resulten justificadas en cuanto que la limitación es una excepción puesta al normal ejercicio del derecho”⁸⁸, así como aquellas que “puedan estimarse excesivas, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho o la justicia, o que no aparezcan como justificados y proporcionados, conforme las finalidades para los que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en

⁸⁷ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 160/1986, de 16 de diciembre “... el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas”.

⁸⁸ STC 62/1982, F.J. 3º)

definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad, el que resulta trascendente”⁸⁹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 120/90⁹⁰, establece lo que sigue:

“sólo ante los límites que la propia Constitución 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 (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7º; 2/1982, fundamento jurídico 5º; 110/1984, fundamento jurídico 5º)...en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable (STC 53/1986, fundamento jurídico 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 (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 13/1985, fundamento jurídico 2º) y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se impone (STC 37/1989, fundamento jurídico 7) y en todo caso, respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4, 5, 6; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse”.

Ahora bien, ello no nos delimita concretamente el ámbito de desarrollo del derecho reservado a la ley orgánica y a la ley ordinaria. De hecho, la lectura del art. 53 de la C.E. nos lleva a la confusión, pues nos puede guiar a considerar que el legislador ordinario puede establecer cualquier límite al ejercicio del derecho fundamental, siempre que respete el “*contenido esencial*” del mismo

⁸⁹ SSTC 90/1983, FJ.2º; 196/1987, FJ 6º; 4/1988, FJ 5º).

⁹⁰ STC 120/90 de 27 de junio, FJ 8

no delimitado tampoco exactamente⁹¹. A la hora de perfilar este límite del “*respeto al contenido esencial*” del derecho, que proviene de una transcripción sesgada del art. 19 en su párrafo segundo de la Constitución alemana, existen dos teorías:

a) *la teoría relativa*, que parte de la constatación de que toda restricción de los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar su apoyo explícito en la norma constitucional, o bien puede derivarse implícitamente de ésta [el contenido esencial coincide con esta exigencia de justificación, el denominado *test de razonabilidad* (principio de proporcionalidad en sentido amplio en la doctrina alemana)] que tiene tres elementos o subprincipios, a saber⁹²:

⁹¹ De hecho, como relata ÁLVAREZ CARREÑO S.M., “La Constitución como garante de los derechos fundamentales”, en *Jornadas XXV Aniversario de la Constitución. Historia, valores y principios del Texto de 1978*. Murcia, 20 de noviembre de 2003, ante la pregunta de ¿Qué es el contenido esencial? se concluye que no es posible su definición en términos generales. Los criterios del Tribunal Constitucional para delimitarlo son el de reconocibilidad, de lo abstracto a lo concreto, definición del derecho por la ciencia jurídica y comprobar si la decisión del legislador encaja en la definición abstracta y el de los intereses jurídicos protegidos complementario del anterior, se trata de comprobar si el acto del legislador desconoce o no los intereses susceptibles de protección por el derecho fundamental de que se trate.

⁹² La definición de los tres subprincipios de la proporcionalidad en el Derecho constitucional se debe sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y a la copiosa doctrina germana que se ha ocupado de este concepto; P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia-Berlín-Munich-Bonn, 1961. Carl Heymanns. puede ser considerado como la primera investigación sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho constitucional alemán de la segunda posguerra. En esta última obra, el principio de proporcionalidad, llamado “interdicción del exceso”, aparece compuesto sólo por dos subprincipios: el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, en los cuales se consideran implícitas las exigencias establecidas por el subprincipio de idoneidad (vid. pp. 19 y ss.). En el mismo sentido, LOPERA MESA, G.P. “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo” en *Revista española de Derecho Constitucional (Nueva Época)* n° 73, 2005, pp. 381-410.

1. El examen de la adecuación de la medida limitadora al bien que mediante ella se pretende proteger. *Subprincipio de idoneidad o de utilidad.*-
2. El examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, por no existir una alternativa menos gravosa. *Subprincipio de necesidad.*-
3. El denominado “*principio de proporcionalidad en sentido estricto*”, que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que se pretende, o dicho en otros términos, si las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental compensan los sacrificios que la intervención implica para sus titulares y para la sociedad en general.

b) la *teoría absoluta*, cuya característica es considerar que existe una determinada esfera permanente del derecho fundamental que constituye su contenido esencial. Cada derecho tendría dos partes, un núcleo o contenido esencial, y una parte accesorio o no esencial.

Nuestro Tribunal Constitucional ha oscilado, al igual que el Alemán, entre ambas interpretaciones de la noción de contenido esencial, desde la Sentencia 11/1981 de 8 de abril, en que aborda la teoría absoluta, hasta la jurisprudencia posterior al año 1996, en la que encontramos numerosos supuestos en los que se olvida de la idea de intangibilidad del núcleo esencial de los derechos, limitándose al juicio sobre las medidas limitadoras, a comprobar su idoneidad para los fines perseguidos, conforme a la tesis relativa, siendo numerosas las Sentencias que recogen el principio de proporcionalidad en sentido amplio⁹³.

⁹³ Vid. entre muchas otras las SSTC 66/1995, FJ 5º; 55/1996, FJ 6º al 9º; 207/1996, FJ 4º al 6º; 161/1997, FJ 10º al 12º; 200/1997, FJ 4º y 5º; 49/1999, FJ 8º al 11º y 136/1999, FJ 22º y 23º. En la primera de estas sentencias, el Tribunal Constitucional declaró: «Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del

El problema radica en la traslación al derecho español por el art. 53 CE del art. 19 párrafo 2º de la Constitución Alemana, que habla de respetar el contenido esencial del derecho en la facultad del legislador –conforme a su párrafo primero– de “*limitar*” el derecho fundamental, y no en la de “*regular su ejercicio*” que, de forma mucho más amplia, se contiene en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante a lo anterior, es claro que debemos poner en relación ambas teorías, partiendo del “*mínimo intangible*” de los derechos y libertades fundamentales, que los hagan reconocibles, propio de la teoría absoluta; pero considerando que existen otros bienes y valores constitucionales que pueden justificar la limitación de los primeros, siempre y cuando se realice una adecuada ponderación y justificación mediante el test de razonabilidad de la limitación correspondiente a la teoría relativa.

derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto». Por su parte, en la STC 207/1996, el Tribunal estableció: «Para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga a tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes». Vid. una crítica de las sentencias más importantes en GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad”, en *Revista Jurídica de Cataluña* Vol. 101, nº 4, 2002, pp. 1099-1120; Id., “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Aranzadi- Thomson, Navarra, 2003.

En otras palabras, hemos de abandonar, como decíamos, la concepción tradicional y reduccionista de los derechos y libertades fundamentales como límites frente al poder estatal, puesto que hoy constituyen sobre todo unas directrices positivas de actuación de los poderes públicos, respetando su contenido esencial, para un adecuado desarrollo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, como hemos tenido ocasión de señalar, no sólo la Constitución no delimita el contenido esencial o mínimo del derecho o libertad fundamental, con lo cual será el legislador el que deberá regularlo, sino que además, el problema se presenta cuando la propia configuración constitucional del derecho fundamental remite a una posterior delimitación legal de su ejercicio, por ejemplo, la libertad personal del art. 17 C.E., que sólo podrá ser objeto de privación en los casos y formas previstos en la ley.

En definitiva, hay que delimitar tanto el derecho, como su limitación. Y por tanto, la “indisponibilidad del contenido esencial de los derechos” no se deriva de la prohibición del art. 53 C.E., sino de la propia posición constitucional del legislador, a quien le está vedado una actuación desfiguradora de la Constitución⁹⁴.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, se produce un “régimen de concurrencia normativa”, de manera que el problema se resuelve en una única tarea: dilucidar si la medida legislativa en cuestión representa una correcta interpretación conjunta de la Constitución⁹⁵.

⁹⁴ Siguiendo el ejemplo de PRIETO SANCHIS, L. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 5, nº 8. Madrid, 2000, Universidad Carlos III, pp. 429-468.

⁹⁵ Pensemos, por ejemplo, en la libertad religiosa y en los sacrificios humanos que en otras religiones se permiten. La ley penal que las sanciona puede ser

El principio de libertad de conformación del legislador en este ámbito de configuración del contenido de los derechos y libertades y de sus límites, es admisible y justificable en un sistema democrático. Ahora bien, no debe confundirse con una *patente de corso* que le permita actuar libremente, sino que debe interpretarse de conformidad con el principio de normatividad de la Constitución y con su carácter supremo, el cual exige llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional, respetando sus valores superiores y principios fundamentales.

Al respecto, hemos de destacar el *principio de proporcionalidad*, como método que habitualmente es utilizado por los Tribunales, ya sea constitucionales u ordinarios, así como también internacionales en el ámbito de protección de los derechos fundamentales y análisis de las normativas internas nacionales, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales, o reflejados en los tratados internacionales.

En la materia que aquí nos ocupa, se descompone en cuatro elementos:

- a) Primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos; (*test de razonabilidad de la injerencia*)
- b) Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin; (*subprincipio de idoneidad*)

considerada como una justificada limitación del derecho a la libertad religiosa a la luz de la cláusula de orden público, y, sobre todo, del derecho a la vida, o bien, como una legítima restricción de la libertad general a la luz de los mismos principios y ajena por completo a la esfera de los derechos fundamentales. Pero, en todo caso, se precisa una justificación a partir de los bienes constitucionalmente relevantes que autorizan una restricción de la libertad.

- c) Tercero, la necesidad de la intervención sin que exista otro medio menos gravoso o restrictivo; (*subprincipio de necesidad*)
- d) Y por último, la *proporcionalidad en sentido estricto*, que supone ponderar entre los beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho.

El principio de proporcionalidad, conocido en la doctrina y jurisprudencia europea y comparada como “proporcionalidad de la injerencia” o “prohibición del exceso”, entre otras denominaciones, está integrado, pues, por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir o sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio.

Así, la aplicación del principio de proporcionalidad es típica y necesaria para la resolución de los conflictos entre los principios constitucionales, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de prevalencias entre unos u otros. Lo característico de la ponderación es que no se obtiene siempre una conclusión de preferencia siempre de la seguridad pública sobre la individual, o de los derechos civiles frente a los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso.

Ahora bien, por este motivo, también el principio de proporcionalidad ha sido ampliamente criticado como una cesión al decisionismo y a la subjetividad judicial⁹⁶. No obstante, no debemos

⁹⁶ Un amplio análisis de las críticas a este principio puede verse en BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, *op.cit.*, cuyo estudio hemos seguido significativamente para establecer este resumen doctrinal de la materia, al igual que la obra de FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de Proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo* *op.cit.*

olvidar que el órgano jurisdiccional controla el procedimiento de aplicación, de interpretación de la norma, mensurando su corrección y, conjuntamente, llevando a cabo la subsunción del acto o disposición en el marco normativo jurídico-fundamental.

El Juez no puede sustituir al legislador, ni pretender profundizar más democráticamente la política del legislador, sino que está vinculado directa e inmediatamente a la Constitución, que es una norma también emanada del legislador⁹⁷.

D. La incidencia del principio de proporcionalidad en la regulación de los

⁹⁷ Sobre el principio de proporcionalidad puede verse un amplio estudio en la doctrina alemana en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 111 y ss. En la doctrina española: MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, McGraw-Hill Interamericana de España, pp. 120 y ss.; BARNÉS, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de derecho Público*, nº 5, 1998, pp. 15-49.; BACIGALUPO, M “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal” (op.cit); GONZÁLEZ BEILFUSS, M, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, 2003, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 67 y ss.; PERELLÓ DOMENECH, I “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional” en *Jueces para la Democracia* núm. 28, 1997, pp. 69-75; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, op.cit., o en su 2ª edición actualizada en 2005, o FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de Proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, op.cit. En el Derecho constitucional portugués: GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1997. Almedina, pág. 262. En el Derecho constitucional francés: GOESELLE BIHAN, V, “Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes”, en *Revue française de droit constitutionnel* nº 70, 2007/2., pp. 269 – 295. En el Derecho constitucional suizo: ZIMMERLI, U *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht: Versuch einer Standortbestimmung*, Berna, 1978. Helbing & Lichtenhahn, pp. 13 y ss.

Derechos Fundamentales de la normativa comunitaria y en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aplicación en el Derecho Público Español.

Aunque el principio de proporcionalidad surge como concepto propio del Derecho Público europeo desde los tiempos de la Ilustración⁹⁸, y se desarrolló notablemente en el Derecho de policía de Prusia⁹⁹, donde se fusionaron los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, o de prohibición del exceso en ese único concepto jurídico de principio de proporcionalidad en sentido amplio; será desde el final de la Segunda Guerra Mundial cuando se produce un desarrollo y utilización específico del principio de proporcionalidad como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la

⁹⁸ En este sentido puede citarse el alegato del Marqués de Becaría (Cesare Bonesana) en favor de la proporcionalidad de las penas en su libro “De los delitos y las penas” publicado de forma anónima en 1764. Si bien su principal doctrina fue recogida luego por el art. 8º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano “La Ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias”.

⁹⁹ Pudiéndose citar la doctrina de GLOTTLIEB SVAREZ, C., *Vorträge über Recht und Staat* (Conferencias sobre el derecho y del Estado), Colonia, 1960. Opladen: editorial de Alemania Occidental, decía “*El primer principio de Derecho Público señala que el Estado sólo tiene derecho a restringir la libertad de los particulares en cuanto sea necesario para hacer compatibles la libertad y la seguridad. De esta consideración se desprende el primer principio del Derecho de policía: que sólo para evitar un daño temido con gran peso moral para la sociedad burguesa y sólo bajo la esperanza de alcanzar una ventaja para el Estado entero puede ser restringida la libertad natural de los ciudadanos individuales mediante la ley de Policía*” así como “*Los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante*”.

Administración, generalizándose en las jurisdicciones administrativas europeas¹⁰⁰.

Así, las jurisdicciones francesa e italiana lo aplican continuamente para controlar la legalidad de los actos administrativos, en especial la de aquéllos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales¹⁰¹.

Sobre este aspecto conviene señalar, que a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suela ser mencionado ex profeso en los fundamentos jurídicos de las sentencias¹⁰², la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con bastante frecuencia. Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado.

En el Derecho administrativo italiano, en cambio, este principio ha comenzado a aplicarse por parte de los tribunales como criterio autónomo. No obstante, en ocasiones continúa siendo

¹⁰⁰ Siguiendo en esta exposición a BERNAL PULIDO, C. “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*” *op.cit.*, pp. 40 y ss., o BERNAL PULIDO, C. “La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa” en CARBONELL SÁNCHEZ, H, FIX-FIERRO, H, GONZÁLEZ PÉREZ, L. R. y VALADÉS RÍOS, D. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* Vol. 4, Tomo 1, 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹⁰¹ PHILIPPE, X, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, París, 1990. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille. pág. 261.

¹⁰² Si bien es cierto que a partir de la última década del siglo XX se refiere ya expresamente el mismo, influenciado de las referencias ya explícitas de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos¹⁰³.

Dentro de esta misma tendencia, es pertinente hacer alusión al destacado papel que el principio de proporcionalidad ha venido desempeñando durante las últimas décadas en el Derecho inglés, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Derecho comunitario¹⁰⁴.

Los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo recurren con asiduidad a este principio en sus sentencias¹⁰⁵. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se emplea sobre todo para enjuiciar la legalidad de las medidas estatales que intervienen en el libre tránsito de mercancías y de trabajadores a través de los países miembros, para dilucidar los conflictos de competencia que se presentan entre los Estados y las instituciones comunitarias y para decidir sobre la admisibilidad de las intervenciones de las Instituciones Comunitarias en los derechos fundamentales.

En este sentido, es de destacar que el principio de proporcionalidad ha sido incluido expresamente en el art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el siguiente sentido: “*Sólo se podrá introducir limitaciones* (a los

¹⁰³ SANDULLI, A, “Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati” en *Rivista Trimistrale di Diritto Pubblico* nº 329, 1995.

¹⁰⁴ BARNÉS, J. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario” en *Revista de Administración Pública* nº. 135. 1994, pp. 495-538; GALETTA, U, “El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario”, en *Cuadernos de Derecho Público* nº 5, 1998, pp. 75-118.

¹⁰⁵ Muestra de ello la reciente Sentencia de 9-01-2018 del CASO DE LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA (Demandas nº 1874/13 y 8567/13) sobre videovigilancia a los trabajadores.

derechos fundamentales garantizados por la Carta) *respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*".

Y también se puede observar una referencia explícita al principio de proporcionalidad en la Constitución Europea, en el Artículo II. 109. 3 cuando refiere que "*La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.*" Y en el Artículo II. 112.1, "*Cualquier limitación de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás*".

La continuada aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia comunitaria y en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido uno de los factores más determinantes de su expansión hacia los distintos sectores de los diversos ordenamientos jurídicos europeos¹⁰⁶. De esta forma, se ha generado un proceso de convergencia entre los sistemas jurídicos de los países de Europa, no sólo en los ámbitos del Derecho administrativo y constitucional, sino también en áreas tales como las del Derecho del trabajo, el Derecho ambiental o el penal y procesal penal.

¹⁰⁶ En concreto, para el ordenamiento jurídico español, puede verse la obra de MARTÍN RETORTILLO, L. "La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid 1998. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 251 y ss.

Inclusive, a pesar de sus marcadas diferencias con el Derecho continental europeo, el ordenamiento jurídico británico ha tomado parte en este proceso de convergencia, llegando a aplicar este principio de proporcionalidad como concepto jurídico independiente¹⁰⁷.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad ha evolucionado y se ha difundido de manera similar en el ámbito del Derecho Constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido precursora en la aplicación de este principio en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, y particularmente en materia de derechos fundamentales¹⁰⁸.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, toda intervención estatal en los derechos fundamentales que no cumpla las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional. Esta doctrina no está exenta de agudas críticas¹⁰⁹, pero ha sido recogida por la mayor parte del resto de los Tribunales

¹⁰⁷ G. DE BÜRCA, “Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law” en *European Public Law*, Vol 3, nº 4, 1997, pp. 561–586.

¹⁰⁸ Aunque también es destacable la historia del *balancing test* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y en la doctrina constitucional de ese país, como puede verse en ARBÓS, X., “La ponderación de intereses en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en AAVV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. III, Madrid, 1997. Tecnos, pp. 1394 y ss.

¹⁰⁹ Ya hemos referenciado previamente el exhaustivo análisis de las críticas a esta doctrina realizado por BERNAL PULIDO, C., “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” *op.cit.*

Europeos, e incluso ha encontrado algunos reconocimientos constitucionales expresos¹¹⁰.

Los primeros antecedentes del principio de proporcionalidad en el Derecho público español datan de mediados del siglo XX. En los albores de la década de los cincuenta, JORDANA DE POZAS señaló que las intervenciones de la Administración en la esfera de autonomía de los particulares “sólo estaban justificadas en los casos y en las proporciones necesarias”¹¹¹. Pocos años después, el artículo 6º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales sometió las intervenciones administrativas en la libertad a los “subprincipios de idoneidad y de necesidad”, y el artículo 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 instituyó el subprincipio de idoneidad como límite para el ejercicio de las competencias de la Administración.

Tras estas primeras referencias doctrinales y legales, el principio de proporcionalidad comenzó a ser utilizado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la fundamentación de sus decisiones. La Sentencia de 20 de febrero de 1959 de la sala quinta del Tribunal Supremo fue pionera de esta corriente jurisprudencial. En dicha Sentencia, se declaró nula una orden del Ministerio de Educación, por haber transgredido el subprincipio de necesidad. El Tribunal Supremo señaló, en su considerando núm. 5, que en el caso concreto no se verificaban las circunstancias que

¹¹⁰ A modo de ejemplo citar el artículo 52.1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, el artículo 28.3 de la Constitución de Berna de 1993, según el cual: “Las limitaciones (a los derechos fundamentales) tienen que ser proporcionadas”, o el artículo 18.2 de la Constitución Portuguesa, que prescribe: “La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución, debiendo limitarse las restricciones a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente”.

¹¹¹JORDANA DE POZAS, L “El problema de los fines de la actividad administrativa”, EN *Revista de Administración Pública* nº 4, 1951, pp. 11-28.

hiciesen imprescindibles las muy intensas restricciones a los derechos de los particulares afectados, impuestas por las medidas adoptadas por la Administración. De acuerdo con el Alto Tribunal, la situación que había justificado la expedición del acto administrativo demandado, habría podido encararse con «otros medios más adecuados», que no entrañasen para los afectados sanciones de tan extraordinaria gravedad.

Tras la promulgación de la Constitución, y posteriormente la Ley 30/1992, esta tendencia se acrecentó y la aplicación del principio de proporcionalidad se propagó a todos los campos de la actividad administrativa¹¹².

También ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional español como uno de los criterios estelares en la fundamentación de sus decisiones en diversos campos, pero explícitamente ha declarado que “el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales” (STC 55/1996, FJ.3º).

E. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y las repercusiones en relación a la protección de los derechos fundamentales por este Tribunal.

Otra de las cuestiones de mayor calado que podemos destacar de los últimos años, y que afecta en gran medida en la materia que aquí nos ocupa, es la reforma operada en la Ley

¹¹² Vid. SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, D *El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, 2004. Tirant lo Blanch.

Orgánica del Tribunal Constitucional por la Ley 6/2007, que ha supuesto una nueva regulación del trámite de inadmisión del recurso de amparo, que implica fundamentalmente que la demanda de amparo incluya la justificación de la *especial trascendencia constitucional del recurso* lo que, a su vez, es un requisito sustancial para la admisibilidad del propio recurso¹¹³.

Las razones de la reforma se centran en la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional, el cual ha ido aplicado con rigor la exigencia de este requisito formal de la demanda y ha tratado de describir la noción de especial trascendencia constitucional, restringiendo severamente la posibilidad de acceso al amparo y de obtención de una resolución de fondo por parte del Tribunal Constitucional¹¹⁴.

Esta reforma ha generado dudas y críticas, existiendo incluso también votos particulares en contra de la misma entre los magistrados del propio Tribunal Constitucional, llegando a ponerse en tela de juicio su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, esta cuestión quedó resuelta, como veremos a continuación, por la sentencia

¹¹³ Y decimos que afecta en gran medida en el trabajo que aquí desarrollamos por cuanto, si consideramos que la Jurisdicción Militar no reviste las garantías necesarias de imparcialidad o independencia, y será en ella donde se ventilarán la mayor parte de los problemas existentes en el ámbito militar, disciplinarios y penales, en los que se hayan podido producir violaciones de derechos fundamentales (es cierto que en materia de personal y su régimen estatutario, será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente), nos encontramos con que no existirá ni una instancia “ordinaria” para ese control de constitucionalidad de las actuaciones de la administración, ni un posterior control por el amparo constitucional, ante la dificultad actual de admitirse a trámite las demandas en el Tribunal Constitucional, como estudiaremos a continuación.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Diario La Ley*, nº 8503, Sección Columna, 18 de Marzo de 2015.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Arribas Antón contra España*, de 20 de enero de 2015¹¹⁵.

El porcentaje de inadmisiones previo a la reforma ya era elevadísimo, entre el 96 y el 98%¹¹⁶, pero la reforma produce un trámite de admisión todavía más inflexible, convirtiéndose el recurso de amparo en un recurso *testimonial* más que real, lo que ha dado lugar a severas críticas, llegándose a hablar de «tiro de gracia al recurso de amparo»¹¹⁷, o de «réquiem por el recurso de amparo constitucional»¹¹⁸, dejándose depender la admisión del recurso de amparo en criterios dudosos o ignorados, que deben ser demostrados por el recurrente (aunque han ido perfilándose los supuestos de “especial relevancia constitucional” a partir de la STC 155/2009, de 25 de junio), y que han supuesto trasladar al recurrente la carga de la demostración de su concurrencia como requisito *insubsanable*¹¹⁹.

En efecto, el vigente art. 50.1 b) LOTC se refiere a “que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su

¹¹⁵ Sentencia de 20 Ene. 2015, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3ª, Rec. 16563/2011 en el asunto *ARRIBAS ANTÓN c. ESPAÑA*.

¹¹⁶ Como refleja ESPINOSA DÍAZ, A, “El recurso de amparo problemas antes, y después, de la reforma” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* nº 2, 2010.

¹¹⁷ SEGU Y VILLUENDAS, E., “Tiro de gracia al recurso de amparo”, en *Diario La Ley*, nº 7041, 2008.

¹¹⁸ GARBERÍ, J., “Réquiem por el recurso de amparo constitucional”, en *Diario LA LEY*, nº 7120, 2009.

¹¹⁹ ORTIZ URCULO, J., “Es causa de inadmisión insubsanable no justificar expresamente en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso”, en *Diario LA LEY* nº 7056, Sección Jurisprudencia, noviembre de 2008.

aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Especificándose además que las providencias de inadmisión “especificarán el requisito incumplido —que además puede ser alguno de los establecidos en los arts. 41 y ss. LOTC— y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal”. En consecuencia, la providencia de inadmisión no se exige que sea debidamente motivada, impidiendo que el recurrente no llegue a conocer porqué su demanda de amparo carece de especial trascendencia constitucional, esa noción ambigua que puede incluir excesivas dosis de subjetividad en el juzgador.

Y el art. 49.1, establece el requisito formal riguroso en el contenido de la demanda, impuesto al recurrente de “*justificar esa trascendencia*” de forma expresa, trasladándole la carga de demostrar la existencia de esa especial trascendencia constitucional.

Una vez cumplido ese requisito formal en la demanda, la especial trascendencia constitucional se convierte en requisito de fondo que corresponde valorar a la Sección correspondiente, partiendo de la argumentación que el recurrente ha formulado en su recurso, es decir, si es convincente la justificación que ha hecho el recurrente en su demanda de la especial trascendencia constitucional de su pretensión, para justificar una decisión del Tribunal, pues en caso contrario, se inadmitirá el recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional pronto dejó clara esta dualidad formal y material del requisito en el auto 188/2008, de 21 de julio¹²⁰, en el que declaró que la carga de justificar la *especial*

¹²⁰ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Auto nº 188/2008, de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008), Recurso de amparo 1282-2008. ECLI:ES:TC:2008:188 A.

trascendencia constitucional del recurso de amparo era algo distinto a razonar la vulneración de un derecho fundamental, eliminando la posibilidad de confundir este nuevo requisito especial de “*trascendencia constitucional*” con el precedente requisito de inadmisión por la “*carencia de contenido constitucional del recurso*”, no siendo aplicable así la precedente doctrina sobre este último requisito.

El auto reconoce que la concurrencia de la lesión de un derecho fundamental es un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo, pero que ello no basta porque “en todo caso el recurrente habrá de justificar expresamente en su demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto”.

Pero este Auto no aclaraba en absoluto en qué consiste esa especial trascendencia constitucional del recurso, ni cómo puede justificarse. Tampoco la doctrina se mostró acorde en describir o delimitar ese concepto, que por su ambigüedad contenía notables márgenes de discrecionalidad, por lo que, dado el excesivo freno al derecho a la jurisdicción constitucional que suponía la exigencia de este requisito empezando por su justificación, el propio Tribunal Constitucional trató de dar respuesta a este problema en su sentencia 155/2009, de 25 de junio¹²¹. Esta resolución reitera inicialmente que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública no será por sí sola

¹²¹Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 155/2009, de 25 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009), recurso de amparo núm. 7329-2008. ECLI:ES:TC:2009:155.

suficiente para admitir el recurso, siendo, además, imprescindible su “especial trascendencia constitucional”, y con ello certificando el abandono de la concepción anterior de un recurso de amparo amplio orientado a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo, que no hubieran sido corregidas por los Tribunales de Justicia ordinarios.

Según esta sentencia, es a “este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa ‘especial trascendencia constitucional’ atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Y si bien la Sentencia reconoce el carácter notablemente abierto e indeterminado de esos criterios legales y de la propia noción de especial trascendencia constitucional que confieren al Tribunal un amplio margen decisorio, trata de dar indicaciones sobre la noción a través de un elenco no cerrado de supuestos, con los que quiere limitar excesos de discrecionalidad en la admisibilidad del amparo.

Tales casos serán los siguientes, a saber:

a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional¹²²;

b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso

¹²² Supuesto ya enunciado en la Sentencia nº 70/2009 del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 23 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 2009), recurso de amparo núm. 2826-2004. ECLI:ES:TC:2009:70.

de reflexión interna, ... o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;

c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general;

d) si la vulneración del derecho fundamental trae causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;

e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional;

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían

concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Este listado abierto de supuestos ha sido objeto de crítica, sobre todo porque deja de lado la función subjetiva de protección de derechos fundamentales del ciudadano, pasando a tener el recurso de amparo un perfil sustancialmente objetivo, y ello no es razonable, sugiriéndose que se incorpore algún criterio respecto a los intereses afectados del recurrente como pudiera ser la gravedad de la lesión¹²³.

Y en efecto, una excesiva objetivación del amparo puede producir un retroceso en la protección de los derechos y libertades fundamentales, pues una cosa es la llamada inversión de la carga de la prueba de la especial trascendencia constitucional, y su necesaria justificación *objetiva*, y otra el que en su valoración no se tenga en absoluto en cuenta el impacto subjetivo en el recurrente de la violación del derecho fundamental alegado. Esta cuestión podría ser relevante para el Tribunal al utilizar su margen de apreciación sobre la admisibilidad del recurso un margen de apreciación que, sin embargo, no concede la vigente LOTC, y dejando, por tanto, de lado esa *protección especial* que para los derechos fundamentales y libertades públicas brindaba anteriormente el Tribunal Constitucional en última instancia subjetivamente para cualquier ciudadano¹²⁴.

¹²³ ESPÍN TEMPLADO, E., FERNÁNDEZ FARRERES, G. y CRUZ VILLALÓN, P., *La reforma de la justicia constitucional*, Cizur Menor, 2006. Aranzadi, refleja la modificación del art. 35.3 b) del CEDH que alude al “perjuicio importante”.

¹²⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., “La perversión jurídica del amparo constitucional en España”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 124, 2009, pp. 355-387.

La omisión de las razones concretas por las que el Tribunal lleva a inadmitir en una providencia un recurso de amparo por carencia de especial trascendencia constitucional no ha permitido una mayor depuración y clarificación de ese concepto, lo que ha creado un notable margen de inseguridad en el justiciable que ha visto reducido el grado de protección de sus derechos fundamentales, situación que se ha agravado porque la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no ha generado el pretendido resultado de hacer innecesarios recursos de amparo basados en el art. 24 CE¹²⁵.

El Tribunal Constitucional no parece haberse hecho eco de estas críticas. Así, el ATC 28/2013, de 11 de febrero¹²⁶, examinando la exigencia formal del requisito de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya ausencia declara insubsanable, reiterando con ello la doctrina precedente, ha declarado que en la demanda ha de establecerse de forma separada la argumentación sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y los razonamientos dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional.

Así, partiendo de esta afirmación, examina detenidamente la demanda para llegar a la conclusión de que no cumple “la carga de argumentar explícitamente que el amparo solicitado tiene una proyección objetiva”, lo que impide al Tribunal examinar la proyección que sobre el derecho fundamental haya tenido la decisión del cierre anticipado de la investigación

¹²⁵ TENORIO P., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Madrid 2014, Fundación Wolters Kluwer.

¹²⁶ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Auto nº 28/2013, de 11 de febrero, (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013), Recurso de amparo 5469-2012, ECLI:ES:TC:2013:28A.

penal”. El auto califica el requisito como “*de procedibilidad*” vinculándolo a su “*proyección objetiva*” sobre el sistema constitucional acentuando así la caracterización objetiva del recurso de amparo.

En el auto se formula un voto particular el Magistrado Valdés Dal-Ré, en el que nuevamente se recuerda el papel del Tribunal Constitucional como garante último de los derechos fundamentales, garantizando su cobertura y tutela singular, entendiendo que se aleja del mandato constitucional cualquier interpretación que soslaye esa función de protección subjetiva. A su juicio, dotar de una estricta objetivación al proceso de amparo con el designio de arrumbar la tutela subjetiva carecería de acomodo en el art. 53.2 CE, y, aun sin objetar la reforma de 2007, critica la progresiva contracción de la función subjetiva del amparo en las más recientes decisiones de admisibilidad, que lo convierten en un proceso en el que la tutela subjetiva deviene residual.

Pero esta crítica interna no parece haber encontrado eco en el Tribunal. La posterior STC 140/2013, de 8 de julio¹²⁷, vuelve a reiterar que la apreciación por el Tribunal de la *especial trascendencia constitucional* debe ser precedida de los argumentos expuestos en la demanda, imponiendo a la parte una obligación de justificación en un razonamiento distinto al de la existencia de la lesión de un derecho fundamental. Se exige al demandante hacer un “*esfuerzo razonable de argumentación*” para vincular las violaciones alegadas de la Constitución con uno de los elementos mencionados en el art. 50.1 b) LOTC, exponiendo la razón por la que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión de fondo por su importancia para la

¹²⁷ Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 140/2013, de 8 de julio (BOE núm. 183, de 01 de agosto de 2013), recurso de amparo núm. 2034-2011. ECLI:ES:TC:2013:140.

interpretación, aplicación, o la eficacia general de la Constitución, o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

El porcentaje de inadmisiones actual en los recursos de amparo, en simples providencias, es altísimo y ello ha llevado a preguntar si el recurso efectivo en defensa de los derechos fundamentales va a terminar siendo en España la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al ser el requisito de especial trascendencia constitucional mucho más riguroso que el establecido en el art. 35.3 b) CEDH, basado en los conceptos de perjuicio importante o desventaja significativa, como condición de admisibilidad de las demandas ante el TEDH, lo que también ha llevado a formular dudas sobre la compatibilidad de nuestro régimen de admisión del recurso de amparo con el art. 6.1 CEDH¹²⁸.

Pero el TEDH, que inadmite también el 95 % de las demandas, no podía ser la mejor vía para corregir esta aplicación tan restrictiva de la reforma del recurso de amparo de 2007. Además, ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad con el art. 6.1 del Convenio con el sistema alemán de admisibilidad de los recursos constitucionales de amparo¹²⁹ y que supone la inadmisión por una decisión no motivada con la simple remisión a los preceptos en que se basa esa inadmisión.

El TEDH no había tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre la legitimidad del sistema, desde la

¹²⁸ RUIZ ZAPATERO, G., “Recurso efectivo en defensa de derechos fundamentales”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10, 2014, pp.71-85.

¹²⁹ DOMENAU-JOSETTE, P., *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme?*, Consejo de Europa, 2011, pp. 301 y ss.

perspectiva del CEDH, de inadmitir un recurso de amparo por no revestir la especial trascendencia constitucional, pero no había formulado dudas al conocer de asuntos, en los que incluso había reconocido violación del CEDH, en los que se había inadmitido un recurso de amparo que hubiera podido resolver el asunto en el sistema interno¹³⁰, pero, como ya avanzábamos, la STEDH, de 20 de enero de 2005, asunto Arribas Antón contra España, procedió a abordar de forma directa la compatibilidad de la reforma de 2007 con el CEDH.

En efecto, en el supuesto planteado en esta Sentencia, el Sr. Arribas Antón consideraba violado el art. 6.1 CEDH por una sentencia del TSJ País Vasco, y la inadmisión de su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹³¹.

Ahora bien, el punto central de su demanda era el análisis de la inadmisibilidad del recurso de amparo, por no haber demostrado la especial trascendencia constitucional de su recurso, al considerar excesivamente formal la interpretación del criterio por el Tribunal Constitucional y contraria al Convenio, por haberle privado de su derecho al acceso a un Tribunal.

El Sr. Arribas en su demanda, se centra en la crítica de la reforma del recurso de amparo de 2007 por excluir violaciones reales y efectivas de derechos fundamentales, y defiende que la admisibilidad debería basarse en efectos reales o materiales y no

¹³⁰ SSTEDH, Varela Geis, 6105/2009, de 5 de marzo de 2013, Manzanas Martín, 17966/2010, de 3 de abril de 2012 y R.M.S., 28775/2012, de 18 de junio de 2013.

¹³¹ El asunto de origen se refiere a un procedimiento disciplinario en el que se impuso al actor una prohibición de trabajar durante un año en hospitales psiquiátricos por una falta disciplinaria muy grave, habiendo sido desestimada por el TSJ País Vasco su apelación, tras intentar una demanda de nulidad, que fue desestimada, acudió al Tribunal Constitucional que declaró inadmisibile su recurso por el motivo de no haber satisfecho la obligación de demostrar que su recurso revestía una especial trascendencia constitucional.

puramente formales, frente a la opción del Tribunal Constitucional de “elegir libremente los asuntos a tratar para elaborar una jurisprudencia de los derechos fundamentales en lugar de proteger y garantizar los derechos de los particulares como prevé la Constitución”. Defiende también la especial relevancia constitucional de su asunto, tanto subjetiva como objetiva, aunque no hubiera presentado su argumentación sobre la importancia constitucional del recurso en un apartado separado y específico, pues la trascendencia constitucional del asunto se deducía de los argumentos contenidos en el recurso de amparo.

El Gobierno español alegaba que la reforma de 2007 ha tratado de reforzar el papel de la jurisdicción ordinaria en la salvaguardia de los derechos fundamentales, reafirmando el carácter subsidiario del recurso de amparo, que no es un recurso judicial y que su utilización excesiva había puesto en peligro el funcionamiento del Tribunal Constitucional; por lo que el legislador, con la reforma, venía a reforzar su carácter extraordinario y subsidiario, reservándolo a los asuntos que, por su importancia constitucional para la interpretación, aplicación, o eficacia general de la Constitución y la determinación del contenido y del alcance de los derechos fundamentales, requieran una decisión del Tribunal Constitucional, imponiendo al demandante alegar y demostrar esa especial trascendencia constitucional, de acuerdo a los criterios fijados por la STC 155/2009.

Y por ello se concluía que el demandante había obtenido una respuesta motivada y no arbitraria de los jueces ordinarios sobre los derechos fundamentales, y las condiciones de acceso al recurso de amparo eran proporcionales al propósito de reservar la jurisdicción constitucional a las causas en las que estén en juego las garantías de la Constitución y la autoridad de la jurisprudencia constitucional, sin que sea contrario al art. 6

CEDH el demostrar la especial trascendencia constitucional de la demanda de forma disociada a la prueba de violación de derechos fundamentales, sin que el recurrente hubiera justificado la dimensión objetiva de su recurso.

Como puede verse, se ha planteado de frente ante el TEDH la compatibilidad con el CEDH de los arts. 49 y 50 de la reformada LOTC con el art. 6.1 CEDH, en su vertiente del derecho de acceso a un Tribunal. El Tribunal ha sido consciente de la trascendencia del tema y ha dedicado doce apartados de su sentencia a responder a la cuestión.

La sentencia del TEDH parte de unas consideraciones generales en las que resume su doctrina sobre que el derecho al acceso a un Tribunal no es un derecho absoluto y sobre que los Estados tienen un margen de apreciación para regular las condiciones de admisibilidad de un recurso, aunque sin restringirlo de manera que se atente a la sustancia misma del derecho, respetando el requisito de proporcionalidad.

Añade que el art. 6 CEDH no obliga a crear jurisdicciones competentes en materia de amparo, pero si el legislador las crea tiene la obligación de velar que los justiciables gocen de las garantías fundamentales de ese art. 6, aunque teniendo en cuenta las particularidades del procedimiento y el papel del Tribunal Constitucional que justifican que las condiciones de admisibilidad de un recurso de amparo puedan ser más rigurosas que las de una apelación ordinaria.

La sentencia señala que no se le había permitido al actor el acceso al Tribunal Constitucional por un motivo de inadmisibilidad introducido por la LO 6/2007, que impone la obligación de los demandantes de amparo de demostrar que sus recursos tienen una especial trascendencia constitucional, motivo que el interesado ha considerado excesivamente formal pero el recurso de amparo se había planteado el 9 de junio de

2010, después de varias decisiones del Tribunal Constitucional que han precisado los términos de los nuevos arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC, que impone la obligación imperativa de demostrar que la demanda tiene una especial trascendencia constitucional.

El Tribunal aclara que no le corresponde apreciar las oportunidades de las elecciones de política jurisprudencial de las jurisdicciones internas, ni le incumbe la interpretación de la legislación interna, especialmente de las reglas procesales, incluidos los requisitos de admisibilidad, sino que tan solo puede verificar la conformidad con el Convenio de las consecuencias de estas elecciones. Incumbe al Tribunal Constitucional español por razones de seguridad jurídica definir el criterio del requisito de especial trascendencia constitucional para que los justiciables sepan a qué atenerse, mientras que el demandante se ha limitado a expresar su desacuerdo con las nuevas modalidades del recurso de amparo y ha reprochado al Tribunal Constitucional haber pecado de excesivo formalismo.

La sentencia del TEDH afirma que no puede ser contrario al Convenio que una jurisdicción superior rechace un recurso limitándose a citar las disposiciones legales que prevén la inadmisión si las cuestiones planteadas en el recurso no revisten una importancia particular o si el recurso no presenta perspectivas suficientes de éxito, refiriéndose a su jurisprudencia sobre inadmisibilidad de recursos constitucionales por el Tribunal Constitucional alemán, aplicando una legislación similar. También se basa en su anterior jurisprudencia sobre asuntos españoles respecto a la motivación de la decisión de inadmisión considerando que satisfacía las exigencias la mera referencia a la disposición de la LOTC aplicable al asunto sobre la falta de justificación de la especial relevancia constitucional del asunto.

Y además de lo anterior, que según los razonamientos de la Sentencia, bastaría para desestimar el recurso, en la STEDH se enjuicia la legitimidad, respecto al Convenio, del cambio legislativo de 2007, que pretendería, siguiendo el argumento del Gobierno, mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional, reforzar la salvaguardia de los derechos fundamentales y evitar la sobrecarga excesiva por asuntos de menor importancia; concluyendo que el papel del Tribunal Constitucional, como protección última, permite que el procedimiento ante el Tribunal sea dotado de formalismo y entiende que el subordinar la admisibilidad del recurso de amparo a la existencia de unas circunstancias objetivas y a su justificación por el recurrente no es un factor desproporcionado o contrario al derecho al acceso al Tribunal Constitucional. Se refiere también a que ya el Tribunal Constitucional había enumerado de forma no exhaustiva las circunstancias susceptibles de ser consideradas de especial relevancia constitucional, y que la causa había sido ya examinada por dos instancias judiciales donde el demandante pudo defenderse, habiendo sido resuelta por decisiones motivadas y no arbitrarias.

La sentencia Arribas ha confirmado, por tanto, la compatibilidad con el CEDH del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo, tanto en las formas como en el fondo, y con ello se ha dificultado, en mucho, la protección última que para los derechos fundamentales y libertades públicas brindaba a los ciudadanos, desde un punto de vista subjetivo, la vía del recurso de amparo constitucional.

No es sólo que se exijan unos requisitos formales en las demandas de amparo que los abogados ejercientes deberán observar rigurosamente a la hora de plantear sus recursos, sino que con los nuevos criterios objetivos de *relevancia constitucional*, va a ser muy difícil que los asuntos de los ciudadanos particulares puedan ser admitidos en este Tribunal,

que constitucionalmente está previsto como *último garante* de sus derechos y libertades fundamentales.

Y con ello, por desgracia, nos encontramos con que el Tribunal Constitucional, si antes ya era difícil que se pronunciara sobre el respeto a los derechos y libertades fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas, sin que haya existido una auténtica reivindicación de los derechos de los mismos debidamente asociados, como ha ocurrido en la práctica totalidad del resto de los sectores de trabajadores en España desde la aprobación de la constitución, en la actualidad se ha perdido la oportunidad práctica de llevar estos asuntos al Tribunal Constitucional, para que sienta directamente una doctrina en relación a las posibles violaciones de sus derechos en actos individuales.

En este sentido, es de destacar que en la práctica cotidiana del ejercicio de la abogacía del autor de este trabajo, antes y después de la reforma llevó asuntos relativos a militares y Guardias Civiles tanto al Tribunal Constitucional, como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habiendo sido la práctica totalidad de los mismos inadmitidos a trámite con simples providencias que se han limitado a reflejar esa supuesta carencia de “contenido constitucional” o “transcendencia constitucional”, sin explicitar motivos concretos para llegar a esas aseveraciones. Sólo muy excepcionalmente han entrado asuntos en estos Tribunales, los cuales serán reflejados en este estudio, pese a que se ha intentado presentar aquellos de singular trascendencia general, como retribuciones de horas extraordinarias de militares y guardias civiles, aplicación de la normativa militar, tanto disciplinaria como penal, a la Guardia Civil, etc., y tras la reforma, consideramos que existe mucha mayor dificultad para obtener resoluciones de fondo de los mismos, lo que hemos querido reflejar en este apartado inicial.

III. IDEAS GENERALES Y ESPECÍFICOS PROBLEMAS DETECTADOS EN LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS FUERZAS.

“Los derechos humanos son sus derechos. Tómenlos. Defiéndanlos. Promuévanlos. Entiéndanlos e insistan en ellos. Nútranlos y enriquezcanlos. Son lo mejor de nosotros. Denles vida” Koffi Annan

“Cuando asumimos ser soldados, no dejamos de ser ciudadanos”. George Washington

Como ya hemos ido definiendo, no tiene sentido que una de las funciones primordiales de las Fuerzas Armadas sea la de defender el ordenamiento constitucional, en el cual tienen una especial y primordial posición los derechos fundamentales y las libertades públicas; y no se apliquen precisamente estos derechos fundamentales y libertades públicas a sus propios miembros, que no dejan de ser ciudadanos de estos mismos Estados.

Ahora bien, también hemos definido inicialmente que estos derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo desarrollo requiere de normas legales que los delimiten, y que, aunque, como premisa principal, deben interpretarse las normas que los configuran de forma que maximalicen su contenido, pueden limitarse en su ejercicio, e incluso en ocasiones podría exceptuarse, por cuanto estos derechos fundamentales y libertades públicas colisionan en la práctica con otros derechos fundamentales y libertades, o incluso con otros bienes y valores constitucionalmente relevantes.

El problema que se plantea, será valorar si las limitaciones y/o exclusiones impuestas por el legislador en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades a los miembros de las Fuerzas

Armadas en la actualidad, tienen una justificación adecuada en el respeto de esos otros derechos, bienes o valores, que supere el antes definido *test de razonabilidad* y los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Y todo ello tras la evolución que en estos últimos años ha experimentado el estatuto jurídico propio de los miembros de las Fuerzas Armadas tras la aprobación de la Constitución Española, y en el estado actual de nuestra sociedad.

Ello debe abordarse comparativamente con lo que pasa en las Fuerzas Armadas de otros países cercanos, a la hora de comprobar si efectivamente algunas de esas limitaciones o restricciones de derechos que se dan en las Fuerzas Armadas, no tienen en la actualidad la justificación que se pretende otorgar de contrario por nuestro legislador, que siempre se sustenta genéricamente en su estructura jerárquica, y por tanto en su disciplina, y en las misiones que les encomienda la Constitución.

Sin embargo y antes de proceder a un estudio detallado al respecto, se hace necesario que previamente se planteen algunos problemas específicos detectados en el concreto ámbito objeto de nuestro estudio, que incidirán de forma general en los análisis que posteriormente realicemos.

Independientemente de las líneas generales que hemos trazado en la parte segunda de este trabajo en relación a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos en general, deberemos centrar esta parte tercera en algunos problemas específicos, de los que nos interesa destacar inicialmente el hecho de la obediencia debida en el ámbito de las Fuerzas Armadas, que tiene un especial fortalecimiento por razón de la disciplina y régimen jerárquico propio de las mismas, y que también afectará en gran

medida, en la práctica, al respeto o limitación de los derechos y libertades fundamentales de los militares¹³².

Así, se hará una pequeña referencia a la denominada “objeción de conciencia”, que tenía una mayor aplicación práctica y mayores discusiones doctrinales cuando teníamos unas Fuerzas Armadas dotadas de soldados a través de un servicio militar obligatorio, inexistente en la actualidad. Aunque también podría tener hoy en día aplicación en relación a la “objeción sobrevenida” por la participación actual de nuestros soldados en misiones internacionales de auténtica “guerra”, o debiendo mantenerse al día estas consideraciones para el caso de que eventualmente se precisara la incorporación no voluntaria de miembros a las FAS, o incluso se pudiera adoptar de nuevo legalmente la implantación del servicio militar obligatorio¹³³.

Sobre la disciplina militar, nos planteamos si verdaderamente justifica, en términos de normalidad constitucional, una mayor agravación de las sanciones por indisciplina, que lleva incluso a la privación de libertad de los militares incluso en sede disciplinaria (sin actuación judicial).

¹³² Es interesante destacar que en el proyecto del recientemente aprobado Código Penal Militar se intentó volver a “resucitar” la eximente de “obediencia debida” y el Consejo General del Poder Judicial tuvo que recordar que “no existen órdenes vinculantes de cometer delitos, sean manifiestamente ilegales o no, por lo que la obediencia a dichos mandatos no puede considerarse causa de justificación”. Una noticia sobre esta cuestión puede verse en http://politica.elpais.com/politica/2014/01/31/actualidad/1391191109_445362.html (última visita el 27/05/2017).

¹³³ Recordar en este sentido que Suecia ha recuperado el servicio militar obligatorio en la actual situación de tensión geopolítica con Rusia, como recientemente saltaba a la prensa y puede verse en: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/02/actualidad/1488460140_316724.html o en <http://www.elmundo.es/internacional/2017/03/02/58b81cde268e3e1e358b466c.html> (última visita el 18/04/2017)

Y por otro lado, también en relación a la disciplina y a la obediencia, nos plantearémos si el régimen sancionatorio penal militar vigente por su infracción, realmente es necesario y proporcional, reiteramos, en situaciones de normalidad constitucional.

Posteriormente, también como cuestión general en este ámbito, plantearémos la necesidad de generar un debate serio y decidido en relación a si debe o no subsistir, como lo hace en la actualidad, la jurisdicción militar, como jurisdicción independiente, o por el contrario debe desaparecer, o reducirse a unos órganos especializados de una jurisdicción auténticamente ordinaria, dotada de las debidas condiciones de imparcialidad e independencia, en sus órdenes contencioso-administrativo o penal.

Más aún necesario este planteamiento cuando esta Jurisdicción militar presenta, a nuestro juicio, y con la entrada en vigor del nuevo Código Penal Militar, un intento de “vis atractiva” de determinados delitos que en modo alguno entendemos que deban enjuiciarse por tribunales militares. Máxime cuando los bienes jurídicos protegidos por los mismos son derechos fundamentales o libertades públicas individuales de militares, y que, aunque haya existido en su violación alguna relación jerárquica de dependencia entre agresor y víctima (esto es, la propia disciplina militar) la protección de tales derechos debe realizarse por una jurisdicción ordinaria auténticamente garantista de los mismos, sin necesidad de mirar la propia disciplina más que como un factor agravante del posible delito, lo cual podría ser aplicado directamente con arreglo al Código Penal (llamémosle ordinario, para distinguirlo del Código Penal Militar).

Y por último, haremos una breve reseña en relación a la falta de publicidad de las resoluciones de los Tribunales Militares, lo que ahonda en la necesidad del debate anterior en relación a la propia existencia de la jurisdicción militar, incumpléndose el requisito de

publicidad establecido en el art. 120 de nuestra Constitución. Así como en la falta de publicidad de la normativa reguladora del estatuto del personal militar, de sus aspectos cotidianos de funcionamiento, pues, como hemos anticipado ya en este trabajo, se produce en la mayoría de las ocasiones por instrucciones internas o simples circulares, a las que no tiene acceso la mayoría del personal, y mucho menos, el personal ajeno a las Fuerzas Armadas. Todo esto lo que origina es un “ostracismo” de la Institución Militar que rompe con el principio general de transparencia de la Función Pública, y que, si bien legalmente podría ser de acceso limitado por razones de seguridad nacional o defensa nacional, se utiliza demasiado fácilmente esta “motivación” sin un análisis adecuado de la justificación y proporcionalidad de tales limitaciones. Y con ello se intenta perpetuar una situación “preconstitucional” de mantenimiento de un estamento “estanco” y cerrado que, desde luego, rompe totalmente con la necesidad de transparencia del ejercicio de la función pública que debe imperar en nuestros Estados de Derecho.

Entendemos que, por razones de seguridad nacional y defensa, se puedan mantener determinadas actuaciones dotadas de una confidencialidad y reserva adecuadas, pero este carácter debe hacerse de modo restrictivo, no pudiendo aplicarse, como viene ocurriendo ordinariamente tales circunstancias a cuestiones tales como los Informes Personales de Evaluación y Calificación (IPEC,s), que no se le permiten fotocopiar ni siquiera a los Soldados en sus expedientes de renovación de compromiso, aduciendo tales razones genéricas de “seguridad nacional”, o que no se le facilite la fotocopia de su propio expediente sancionador a un militar, cuando lo solicita en defensa de sus propios intereses¹³⁴. Ello quiebra no sólo

¹³⁴ En este sentido, reiteradamente el autor de este trabajo se ha visto privado de la posibilidad de defender a sus clientes militares, como Abogado, por negarle el Ministerio de Defensa el acceso, en nombre de sus clientes, a dichos IPEC,s, cuando son totalmente necesarios para las renovaciones de compromiso del

el Derecho a la Defensa de los propios implicados en esos procedimientos, sino el principio de transparencia de la función pública, que es garantía de nuestro Estado de Derecho.

Realmente son todos estos factores los que, en su conjunto, establecen que, en la práctica y lejos de un auténtico debate doctrinal al efecto, sin la aplicación de un adecuado *test de razonabilidad* de tales medidas, se produzca una auténtica limitación de los derechos de este colectivo de personal militar que debe ser revisada, pues, como hemos visto, los derechos sólo deben limitarse o exceptuarse, no sólo cuando lo disponga así la ley, sino además con medidas de limitación o restricción que sean *necesarias, idóneas y proporcionales* al beneficio que se pretende obtener de tal limitación.

Y no puede admitirse que tal limitación se produzca porque “sea más cómodo” para algunos seguir manteniendo a estos profesionales de las Fuerzas Armadas bajo un régimen de privación de derechos injustificado.

Somos conscientes de que históricamente, y en la época en la que se aprobó la Constitución Española, las Fuerzas Armadas no se habían dedicado únicamente a su misión fundamental, cual es la de defender al Estado y los ciudadanos frente a un “*enemigo exterior*”, sino que se habían utilizado en el pasado más reciente, como auténticas fuerzas de represión interior, e intencionadas golpistas frente al propio poder Ejecutivo¹³⁵. Y por ello, en ese “*ambiente político*”

personal de Tropa y Marinería (militares de empleo), o para el sistema de evaluaciones y ascensos del militar de carrera.

¹³⁵ De hecho, también incluso después de la promulgación de la Constitución se produjeron intencionadas golpistas en un clima que relata breve pero acertadamente LÓPEZ DE GEA, J., en su tesis doctoral *Derechos Fundamentales y estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas*, Director: José María Cayetano Núñez Rivero y María Acracia Núñez Martínez. Universidad Nacional de Educación a Distancia

era necesario una limitación o restricción de derechos de los militares, impidiéndoles el derecho de reunión, asociación, sindicación, etc., incluso de su propia manifestación de opción política, porque era necesaria una sujeción de los mismos al poder ejecutivo y a la democracia recién implantada.

Ahora bien, en la actualidad, los militares en España han recobrado la confianza de los ciudadanos siendo una de las Instituciones mejor valoradas por los españoles¹³⁶, y con su modernización, y su excelente participación en misiones internacionales de ayuda humanitaria, así como incluso las actuales unidades militares de emergencias, para apoyo a la población civil, han demostrado su talante de servicio a favor de la sociedad, con lo que se han ganado su aprecio. Es más, precisamente por ese acercamiento a la sociedad civil es por lo que han ganado su prestigio, por lo que consideramos que es hora de que recuperen también sus derechos estos militares que, por formación, precisamente ya no pretenden más que una voluntad de servicio hacia los ciudadanos y no un talante antidemocrático.

(UNED), Facultad de Derecho, Madrid, 2013, que puede verse en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Jlopez/Documento.pdf> (última visita el 28/05/2017), concretamente en su apartado sobre “La evolución de la actitud de las Fuerzas Armadas respecto al poder político”, pp. 294-297, diciendo sobre esta época que “Por tanto, podemos describir como irrespirable el clima de malestar reinante en aquél momento y pudo haber estallado un enfrentamiento armado, pero el culto a la disciplina por parte de los militares, la cultura apolítica en la que se habían formado y su falta de formación ideológica hizo inviable cualquier proyecto político”.

¹³⁶ Un estudio del CIS sobre las FAS y su valoración puede verse en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2220_2239/2234/Es2234_mapa.htm (última visita el 28/05/2017).

En este sentido, y pese a lo manifestado por PITARCH BARTOLOMÉ¹³⁷, en cuanto a la existencia todavía hoy en las Fuerzas Armadas de algunos “sectores” cercanos al régimen dictatorial anterior, la experiencia práctica del autor de este trabajo, que precisamente ingresó en las Fuerzas Armadas en el año 1982, poco después de la intentona golpista de febrero de 1981, es que posteriormente los mandos militares fueron “formados en democracia” y en el respeto a nuestra Constitución.

Y si bien es cierto que durante esos primeros años, existieron múltiples tensiones con algunos mandos superiores que provenían del régimen político anterior, tensiones que precisamente originaron que el autor de este trabajo se formara en Derecho, con los años eso ha desaparecido y la generalidad de los militares¹³⁸ tienen claras sus misiones establecidas constitucionalmente, y tienen, repetimos, una vocación de servicio a la sociedad civil sin ningún ánimo de suplantar el poder ejecutivo democráticamente instaurado, habiendo asumido plenamente su sujeción al mismo.

Con ello, los “riesgos” que existían cuando se adoptó constitucionalmente la “posibilidad” (que no obligación) de recortar los derechos de estos militares, consideramos que han desaparecido, y ya es hora de que el legislador, y la sociedad política a la que

¹³⁷ PITARCH BARTOLOMÉ, J.L., *Memoria irredenta del franquismo. La reconciliación del embudo op.cit.* En su obra en general manifiesta que todavía existen en las Fuerzas Armadas muchos sectores franquistas, lo que, aun reconociendo que es cierto las alusiones que formula, no podemos calificarlo como general, y ello ha sido objeto de varios debates personales del autor de este trabajo con el referido y querido profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, quien además fue miembro de la Unión Militar Democrática, y un luchador por los derechos y libertades en general. Expresamos aquí nuestro reconocimiento personal a tal efecto.

¹³⁸ Por supuesto que siempre pueden haber excepciones puntuales que no empecen a lo que aquí manifestamos.

sirven los militares, opten por restaurar plenamente a éstos en sus derechos, que es lo que defendemos en este trabajo.

A. La obediencia debida en las Fuerzas Armadas.-

Es de destacar como característica principal en el ámbito del estudio que desarrollamos que, justificado por razones de la estructura jerárquica específica, la disciplina, y misiones a desarrollar por las Fuerzas Armadas, el militar tiene, en la práctica, una sujeción especial a las órdenes recibidas, siéndole tan sólo justificada la desobediencia en casos muy específicos, y estando reforzado el castigo por la desobediencia a las mismas, no sólo de forma disciplinaria sino, sobre todo, penalmente a través de su específico Código Penal militar.

Precisamente, el autor de este estudio ejerciendo como militar de carrera, cometió hace ya más de dos décadas, una desobediencia directa a una orden militar recibida que entraba en conflicto con su derecho fundamental a la libertad religiosa y fue objeto tanto de sanciones disciplinarias, directamente ejecutivas y cumplidas aunque luego fueron anuladas jurisdiccionalmente, como de un procedimiento penal militar por ese motivo, que también finalmente acabó sobreseído¹³⁹.

¹³⁹ El caso particular del autor de este trabajo, tanto como abogado, como militar en ejercicio, se trata detalladamente en relación al derecho fundamental a la libertad religiosa, analizado por nuestro Tribunal Constitucional, Sala Segunda en Sentencia 177/1996, de 11 de noviembre. Recurso de amparo 2996-1994, que puede verse en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3229> (última visita el 29/04/2017). Esta será la única Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional existente hasta la actualidad que precisamente trata el tema de la desobediencia a una orden militar.

Y por ello es connotador en primera persona de la “*rigidez*” extrema en la exigencia de la obediencia a las órdenes militares que, en muchas ocasiones, no está justificada ni es justificable, desde el punto de vista de la justificación y proporcionalidad en la restricción de derechos individuales. Máxime cuando entra en colisión con el respeto de derechos fundamentales cuya protección se considera que debe estar muy por encima del valor *disciplina* de los Ejércitos, y su estructura jerárquica, que sirve en la mayoría de los casos de “*excusa*” general para una actuación auténticamente represiva en este ámbito.

En este apartado vamos a analizar si efectivamente es necesaria o no esa mayor “*aplicación práctica*” de la exigencia de obediencia a los militares que la obligación de obediencia existente en los estatutos de otros colectivos, y nos plantearemos si, para esa mayor “*exigencia de disciplina*” es necesaria la existencia de un código penal específico.

1. La obediencia debida en el ámbito funcional y en el Estatuto de los Trabajadores.-

Para el análisis de esta cuestión, es necesario partir de la base, en principio, de que no sólo los funcionarios militares, están organizados jerárquicamente y deben obedecer las órdenes de sus superiores. También lo está cualquier otro funcionario de la Administración.

En efecto, aunque la Constitución no contempla expresamente el deber de obediencia de los funcionarios, éste se puede extraer implícitamente del artículo 103.1 cuando dispone que: “La administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, *jerarquía*, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

El principio de *jerarquía* da lugar a relaciones de supraordenación y subordinación entre los órganos y las personas que conforman la administración, de donde surge el deber de obediencia como una manifestación de dicho principio de jerarquía.

La regulación legal del deber de obediencia a nivel general en el ámbito funcional¹⁴⁰ encuentra su precedente normativo inmediato en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que en su artículo 79 dispuso: “Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con exacta disciplina, tratar con esmerada corrección al público y a los funcionarios subordinados y facilitar a éstos el cumplimiento de sus obligaciones.”

La Ley 30/1984, de 2 de agosto, reguladora de la Función Pública, no introdujo ninguna referencia a esta cuestión, ni siquiera al establecer las faltas disciplinarias muy graves, y se remitió al desarrollo reglamentario la tipificación de las faltas graves y leves. Dicho desarrollo se produjo por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la administración del estado, cuyo artículo 7 disponía que era falta grave “A. La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades.”

Esta situación general para los funcionarios se mantuvo hasta la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico

¹⁴⁰ Por supuesto que en cada ámbito de actuación de los funcionarios pueden existir regímenes específicos de obediencia y subordinación, pensemos, por ejemplo, en las relaciones específicas de subordinación del Ministerio Fiscal (incluso previstas constitucionalmente en el art. 124.2 CE), de los Jueces y Magistrados, del Cuerpo Nacional de Policía, etc. Pero para no hacer más extenso este estudio citamos la normativa de carácter general.

del Empleado Público (EBEP)¹⁴¹, cuyo artículo 54 establece los principios de conducta de los empleados públicos, señalando en su punto 3 que: “Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes”¹⁴².

¹⁴¹ Y en el mismo sentido el vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁴² Así lo refiere, entre otras, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en su Sentencia 626/2007 de 5 Jul. 2007, Rec. 1277/2006 cuando establece en su fundamento de derecho segundo que “La Constitución determina en el art. 103 que la Administración actúa de acuerdo al principio de jerarquía que, como interpretó el Tribunal Constitucional, STC 6/2000, de 17 de enero, en el ámbito de una relación funcional se traduce en el deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores, como resulta del art. 79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, (Decreto 315/1964 que aprueba el texto articulado de la Ley de 7.2.64) a cuyo tenor «los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con exacta disciplina, tratar con esmerada corrección al público y a los funcionarios subordinados y facilitar a éstos el cumplimiento de sus obligaciones». En el mismo sentido la nueva Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público, recoge en su art. 54.3, como principio de conducta del empleado público, el de obediencia a las instrucciones y órdenes profesionales, al tiempo que prevé la desobediencia como falta disciplinaria muy grave (art. 95. i).” Y en concreto, respecto del ámbito policial se añade en la Sentencia “A esta referencia normativa del principio de jerarquía ha de añadirse, por su especificidad en el funcionamiento de la policía judicial, los arts. 285 y 289 de la Ley procesal penal. El primero al disponer «si concurriera algún funcionario de policía judicial de categoría superior a la del que estuviera actuando, deberá éste darle conocimiento de cuanto hubiese practicado, poniéndose desde luego a su disposición». El segundo, «el funcionario de policía judicial que por cualquier causa no pueda cumplir el requerimiento o la orden que hubiese recibido del Ministerio fiscal, del Juez de instrucción, del Juez Municipal, o de la Autoridad o agente que hubiese prevenido las primeras diligencias, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del que haya hecho el requerimiento o dado la orden para que provea de otro modo a su ejecución». Por lo tanto, la actuación conforme al principio de jerarquía en el funcionamiento de la policía es clara, respecto a órdenes de contenido profesional, y su incumplimiento determina

Y en el artículo 95 incluye en su apartado i) como faltas disciplinarias muy graves: “La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico”¹⁴³.

La diferencia entre la falta grave del Decreto del año 1986 y la muy grave del EBEP, radica únicamente en la expresión desobediencia abierta, pues como vemos la excepción de ilegalidad manifiesta de la orden es común, aunque nada se diga en la falta grave.

Por desobediencia abierta ha de entenderse una insubordinación, es decir, una conducta activa y desafiante, notoria y manifiesta –con repercusión grave en el conjunto del servicio– que

la sustitución para su ejecución en los términos legales que resulta de la normativa expuesta.” Puede verse la Sentencia en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=336642&links=%22626%2F2007%22&optimize=20071010&publicinterface=true> (última vista el 16/07/2017)

¹⁴³ Como también señala, entre otras, la S.T.S. de 30-4-91, la finalidad del Derecho disciplinario aplicable a los funcionarios públicos responde a uno de los medios para que la Administración sirva a los intereses generales, con arreglo a los criterios que recoge el art. 103 de la Constitución Española, a cuyo efecto el legislador delimita y define las conductas de los funcionarios que son incompatibles con dichos criterios de actuación. Siendo finalidad también de las sanciones reprimir a los que cometan actos sancionables, de modo que, acreditada la comisión de alguno, la finalidad de la norma se cumple, en principio, ligando al acto cometido la sanción correlativa, puesto que el perjuicio para el interés público está implícito en el hecho de que la ley haya tipificado la conducta de que se trate. En el ámbito del derecho disciplinario rigen todas las garantías previstas para el resto del ordenamiento punitivo del Estado, si bien el Tribunal Constitucional viene indicando que ha de admitirse una cierta matización de esas garantías, en base a la especial relación de sujeción y a la finalidad de garantizar el correcto funcionamiento del aparato administrativo, que sirven de fundamento al derecho disciplinario.» Puede verse en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=4364078&links=finalidad%20del%20derecho%20disciplinario%20aplicable%20a%20los%20funcionarios%20p%C3%BAblicos&optimize=19960106&publicinterface=true> (última visita el 16/05/2017).

excede de la mera oposición al cumplimiento, circunstancias que obviamente habrá que valorar en cada caso.

Al margen de esta diferencia entre los dos tipos, la jurisprudencia ha delimitado como requisitos para que pueda calificarse una conducta de un funcionario como desobediencia, los siguientes:

1. Que exista una orden expresa y concreta de un superior jerárquico o autoridad.
2. Que se produzca su incumplimiento voluntario.
3. Que no exista causa justificativa del incumplimiento¹⁴⁴.

Obediencia a las órdenes de los superiores que por otro lado, tampoco está fuera de las obligaciones propias de cualquier otro

¹⁴⁴ En relación a la causa justificativa del incumplimiento, nos estamos refiriendo fundamentalmente al hecho de que se produzca una desobediencia por ilicitud de la orden (no a otros supuestos de imposibilidad de cumplimiento o colisiones con otros derechos (por ejemplo, el ejercicio legítimo de un derecho propio que impide el cumplimiento de la orden, que podrían dar lugar a mayores y más extensos comentarios que los que da lugar a esta introducción)). Y en relación a la ilegalidad de la orden recibida, tal ilegalidad debe ser manifiesta, es decir, palmaria, como establece, a modo de ejemplo, la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, en su Sentencia de 28 Abr. 2014, Rec. 18/2014, confirma la sanción por falta muy grave de un funcionario por la reiteración durante varios meses de su conducta de desobedecer las órdenes que no le fueran dadas por escrito por su superior. Y en su fundamento de derecho tercero recuerda lo establecido sobre esta falta muy grave en la propia doctrina anterior de la misma Sala “de la sentencia de 17 de abril de 2013 [Rec. de Apelación 217/2012, Sección Cuarta], destacando el significado de la desobediencia abierta [“sinónimo ésta actitud desafiante, insubordinación, quiebra de la noción más elemental de respeto a la *jerarquía funcional*”] y delimitando el requisito de la antijuridicidad inherente a dicho ilícito [“...se excluye la antijuridicidad si, objetivamente, lo mandado constituye una ilegalidad manifiesta -es decir, palmaria, objetiva- y el funcionario actúa en consecuencia poniendo en conocimiento de los superiores la ilegalidad de la orden que se le obliga a cumplir. Tal excusa absoluta no opera ni por razón de que constituya una ilegalidad manifiesta ni por comunicarla a los órganos de inspección”].

trabajador en general, sometido al régimen general del Estatuto de los Trabajadores vigente¹⁴⁵.

En otras palabras, no sólo el resto de los funcionarios públicos están sometidos a una disciplina y relación jerárquica de subordinación más o menos estricta, es decir, a la obediencia debida en relación a las órdenes e instrucciones de sus superiores, sino que también los propios trabajadores por cuenta ajena sometidos al Estatuto de los trabajadores.

Y no debemos olvidar también que, en el ámbito de los Delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Libro II de nuestro Código Penal) el art. 410 establece que “1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u *órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales*, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, *no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general*”.

De manera que por la especial función pública a desarrollar por cualquier funcionario público, a diferencia de los trabajadores en general, se prevé también en el Código Penal el delito de desobediencia a las órdenes o instrucciones recibidas de las

¹⁴⁵ El artículo 5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, define los “Deberes laborales” de cualquier trabajador, en su apartado c) establece que está obligado a “Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.” Obligación que se reitera en el art. 20.2, siendo causa de despido disciplinario, según el art. 54.2.b) la “indisciplina o desobediencia en el trabajo”.

autoridades superiores, en base al principio de jerarquía específico de la Administración Pública en general y sus especiales funciones públicas, reforzando con ello el principio de jerarquía, con la imposición de estas sanciones penales, además de las disciplinarias que también se podrían imponer a cualquier trabajador¹⁴⁶.

2. La obediencia debida en el ámbito específico militar.-

Ahora pasaremos a analizar el régimen específico establecido para militares y Guardias Civiles, pues no se les aplica el régimen específico de los funcionarios¹⁴⁷, como con claridad se establece en la Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP) en su Artículo 4 d) para el personal militar (incluida la Guardia Civil), y e) para el Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (no sólo la Guardia Civil), precisamente porque disponen de ese régimen específico propio¹⁴⁸.

El régimen normativo establecido para los militares en relación a la obediencia, a partir de nuestra vigente regulación constitucional y, por tanto, en nuestro actual estado democrático de

¹⁴⁶ Aunque estas sanciones penales a los funcionarios públicos, como podemos apreciar en nuestro Código Penal, son fundamentalmente pecuniarias (multas) o suspensión, e inhabilitación especial.

¹⁴⁷ Y sólo cuando específicamente sus estatutos disciplinarios propios establezcan de aplicación el régimen general de los funcionarios públicos se aplicará éste, lo que recalca la propia especificidad del estatuto disciplinario de estos colectivos.

¹⁴⁸ En idéntico sentido los mismos artículos del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto Básico del Empleado Público.

derecho, quedó establecido inicialmente en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas¹⁴⁹, que establecía en su artículo 34:

“Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan un delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”¹⁵⁰.

Con ello y ya en el inicio de nuestra democracia se rompía con claridad con la “*obediencia debida*” y ciega a las órdenes recibidas de los superiores, lo que quedó claro en distintas Sentencias emitidas por la Jurisdicción Militar.

En este sentido, a modo de ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Militar Central 20/1997, de 12 de marzo, se recuerda que la orden o mandato emanado del superior en principio goza de una presunción de juridicidad y es vinculante siempre que cuente con los requisitos formales de competencia y forma establecidos, pero sin embargo, esta presunción se hace depender del presupuesto material de “*que la orden no lesione manifiestamente el ordenamiento jurídico, vulnere la Constitución o imponga un comportamiento lesivo para la dignidad humana. En todos estos últimos casos cede la presunción de la legitimidad de la orden y su carácter vinculante para el inferior*”, por lo que esta Sentencia indica que “*no constituyen mandatos antijurídicos obligatorios aquellos que integran una vulneración de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, aun cuando no se trate de*

¹⁴⁹ Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, coetáneas por tanto a la vigente Constitución Española.

¹⁵⁰ Artículo 34 derogado por el párrafo primero del número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar («B.O.E.» 20 noviembre). Hoy se corresponde con el art. 48 de las vigentes RR.OO. para las FAS.

órdenes manifiestamente delictivas, ni contrarias a las Leyes y usos de la guerra”.

Se sigue afirmando en la sentencia que *“No debemos olvidar que la obediencia ciega e irreflexiva a las órdenes recibidas no se acepta desde la Segunda Guerra Mundial como comportamiento ni se admite como eximente, ya que podría justificar acciones delictivas, crímenes de guerra y, en general, situaciones despreciadas por inmorales¹⁵¹. La obediencia debida a las órdenes del mando y las discusiones derivadas de la crítica a esta idea ha inducido a sustituir el concepto clásico de disciplina por otro que hace más hincapié en la adhesión racional a las órdenes. Nuestras Reales Ordenanzas ofrecen un amplio ejemplo al respecto, recogiendo las exigencias de la disciplina moderna, que evolucionando desde la llamada “disciplina oriental” o basada en el temor al castigo ha llegado hasta la “disciplina occidental”, que precisa del convencimiento interno. Así, el art. 87 de la norma moral de la Institución militar, sobre el ejercicio del mando, dispone que ‘el que ejerce el mando tratará de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Razonará en lo posible sus órdenes para facilitar su comprensión y aceptación. Con ello [...] evitará que el subordinado obedezca únicamente por temor al castigo”¹⁵².*

¹⁵¹ Un ejemplo reciente y significativo de invocación de la “obediencia debida” lo podemos apreciar en el artículo aparecido en la edición del país de 17 de marzo 2010, en relación a los forenses del YAK-42 y la identificación indebida de 30 de los 62 militares fallecidos en dicho accidente. Este artículo puede verse en http://elpais.com/diario/2010/03/17/espana/1268780408_850215.html (última visita el 13/05/2017), y se analiza, aunque de forma simple, en el fundamento de derecho catorce de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, nº 279/2010 de 22 Mar. 2010, Rec. 1427/2009 Ponente: Martínez Arrieta, Andrés. LA LEY 16966/2010 ECLI: ES:TS:2010:1502

¹⁵² Esta sentencia recoge la tendencia actual en la “*metodología del mando*”, que nos parece del todo correcta aunque en la práctica no se ejerza como debiera

No obstante, debemos dejar sentado que no siempre se han tenido tan “claras” en la jurisdicción militar, tales precisiones, cuando, por ejemplo, en el procedimiento sancionador en contra del autor de este estudio por su desobediencia a una orden militar, realizada en diciembre del año 1993, la orden recibida de permanecer en una formación militar de íntegro contenido religioso en la que no deseaba participar, se argumentaba que la orden de permanecer en formación no podía desobedecerse, según el art. 34 de las entonces vigentes Reales Ordenanzas para las FAS, por cuanto en el mismo sólo se admitía la desobediencia de “*las órdenes que entrañaran actos manifiestamente contrarios a las leyes y usos de la guerra, o constituyeran delito, en particular contra la Constitución*”, y, como en aquel momento, el entonces vigente Código Penal no tenía ningún delito específico “*contra la Constitución*”, se argumentaba para justificar la sanción impuesta y cumplida de dos meses de privación de libertad, que debía obedecerse la orden aunque fuera en contra del derecho fundamental a la libertad religiosa del autor de este estudio¹⁵³.

Más significativo aún en este sentido, y para demostrar todavía la “*ignorancia*” actual, no sabemos si “*interesada*” que se sigue demostrando en esta materia pretendiendo una “*obediencia ciega a las órdenes recibidas en el ámbito militar*”, según se manifiesta, por “*necesidades del servicio*”, y que entendemos que en absoluto debe defenderse con la actual concepción del estado de derecho, menos aún en situaciones de “*normalidad constitucional*”;

hacerse, en el sentido de inculcar una disciplina basada en el “*liderazgo*” de los mandos, y no en base al simple “*temor al castigo*”.

¹⁵³ Cabe recordar que hasta la publicación del vigente Código Penal de 1995, no existía la rúbrica expresa, como existen en la actualidad, de su Título XXI del Libro Segundo “*Delitos contra la constitución*”, que contiene los arts. 472 a 543, donde se contienen ya específicamente delitos contra los sentimientos religiosos y contra la libertad religiosa que ahora hubieran quedado claramente determinados como cometidos en aquel supuesto frente al autor de este trabajo, pero que, sin embargo, en aquella época (año 1993) no se tuvieron en consideración.

son las declaraciones efectuadas por el propio Fiscal General del Estado en el mes de junio de 2017, en un congreso de la Unión Progresista de Fiscales, de que la autonomía del Ministerio Público “se encuentra a mitad de camino entre lo que puede ser *un militar que tiene, por necesidad del servicio, que obedecer ciegamente las órdenes que recibe*, y un juez, que no puede recibir ninguna orden de nadie”¹⁵⁴.

El vigente Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que sustituye al anterior, establece de forma similar en su art. 48, como “*Límites de la obediencia*” que “*Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.*”

Vemos por tanto, *a priori*, que el sentido de la obediencia es más amplio en el ámbito militar que en los otros ámbitos que hemos descrito, puesto que tan sólo se pueden desobedecer las órdenes que constituyan delito, lo que es un concepto más restringido que el que se aplica en el resto del ámbito funcional (que sean manifiestamente ilegales¹⁵⁵) y, desde luego más aún que en el ámbito de los trabajadores, que además exige que sean órdenes directivas específicas del trabajo.

¹⁵⁴ Véase en este sentido la noticia de este enlace: http://politica.elpais.com/politica/2017/06/02/actualidad/1496415277_920262.html?rel=mas (última visita el 16/06/2017).

¹⁵⁵ La manifiesta ilegalidad no significa, necesariamente, que sea un acto constitutivo de delito, y ello si nos atenemos al principio de legalidad en el ámbito penal y el principio de intervención mínima del derecho penal, pues existirán múltiples ilegalidades que tan sólo sean constitutivas de ilícitos administrativos, o incluso no llegar ni siquiera a serlo.

Y ante la desobediencia a las órdenes recibidas, veremos también que se pueden imponer tanto sanciones disciplinarias como sanciones penales, a través de los vigentes regímenes disciplinarios de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, o a través del Código Penal Militar.

En este sentido, y ya específicamente en los regímenes disciplinarios diferenciados existentes para las Fuerzas Armadas y para la Guardia Civil, con posterioridad a la común Ley Orgánica 12/1985¹⁵⁶, podemos ver que, en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas 8/1998¹⁵⁷, en su artículo 7.2 definía como falta leve “La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior.”; el Artículo 8 definía como faltas graves, apartados 1 y 20: “1. Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio. 20. La falta de subordinación, cuando no constituya delito.” Y el art. 17. 2 consideraba como falta muy

¹⁵⁶ Recordemos que la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre (BOE 29 Noviembre 1985), era de aplicación común para los militares y Guardias Civiles, hasta que se promulgó, de forma diferenciada para estos últimos, la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, tras la jurisprudencia constitucional que impulsó su publicación en base a la diferente función de la Guardia Civil tal y como hemos analizado en el apartado anterior. En cualquier caso, esta ley común también establecía la diferenciación de sanciones leves y graves (en aquel momento no existían las muy graves) para las diferentes desobediencias respectivamente en sus arts. 8.2 “la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior”, art. 9.1 “Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio.” Como vemos, la desobediencia dolosa a una orden, o la desobediencia en tiempo de guerra, se reservaban para la sanción a través del Código Penal Militar.

¹⁵⁷ Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (Vigente hasta el 05 de Marzo de 2015) Publicada en BOE núm. 289 de 03 de Diciembre de 1998.

grave “Realizar actos gravemente contrarios a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito”¹⁵⁸.

Por su parte, la vigente LORDFAS 8/2014¹⁵⁹, establece como Falta Leve en el art. 6. 2. “La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores en la estructura orgánica u operativa, así como de los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento”,

Como Faltas Graves en su art. 7 apartado 2 “La falta de respeto o *subordinación* a los superiores en la estructura orgánica u operativa y la inobservancia de sus órdenes o instrucciones, así como de los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.”

Y como falta muy grave en el art. 8.2: “2. Realizar reiteradamente actos contrarios a la disciplina y *subordinación* debida a los superiores, tanto nacionales como extranjeros, así como

¹⁵⁸ Con ello se seguía manteniendo la distinción de que las inexactitudes en el cumplimiento de órdenes y las desobediencias no dolosas efectuadas en tiempo de paz, se sancionaban en el ámbito disciplinario, pero éste se amplía no sólo a las desobediencias dolosas “que no constituyan delito” (margen discrecional que era delimitado jurisprudencialmente) sino también a cualquier otro acto “gravemente contrario a la disciplina” apareciendo la falta muy grave citada. Ello suponía “de facto” un “refuerzo” de la disciplina militar que nos parece un tanto incoherente cuando el Ejército pasaría, en breve (año 2001), a ser plenamente profesional.

¹⁵⁹Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, publicada en el BOE núm. 294 de 05 de Diciembre de 2014, con vigencia desde 05 de Marzo de 2015.

incumplir de forma reiterada los deberes del servicio o llevar a cabo reiteradamente actos que atenten contra la dignidad militar”¹⁶⁰.

En el mismo sentido, para la Guardia Civil, en su primera y específica Ley Orgánica de Régimen Disciplinario (LO 11/1991¹⁶¹) en su art. 7 establecía como falta leve “La inexactitud en el cumplimiento de la órdenes recibidas.”, en el art. 8 como falta grave “La negligencia en el cumplimiento de una orden recibida, causando grave daño al servicio” y “La falta de *subordinación* cuando no constituya delito.”, para finalmente en el art. 9 regular como falta muy grave “Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución que no constituyan delito”¹⁶².

¹⁶⁰ Con ello vemos que se delimita con más concreción el ámbito de la desobediencia, que debe ser en principio, en relación a las órdenes recibidas de los superiores orgánicos u operativos (distinguiéndose el superior jerárquico que orgánicamente esté definido en las plantillas de las distintas unidades en que se encuentran estructuradas las Fuerzas Armadas y el superior jerárquico que, para una concreta misión o actuación operativa, se haya designado al margen de la estructura orgánica normal), aunque también se recalca la necesidad de la obediencia de las órdenes del resto de superiores jerárquicos en cuanto a las órdenes generales de orden y comportamiento, pero también vemos que se “amplía” el hecho de la sanción muy grave frente a una desobediencia reiterada a los superiores, que en este caso, no se delimita necesariamente que sea de los superiores orgánicos u operativos, incluyendo incluso a los superiores jerárquicos de otras unidades militares extranjeras (lo que es fruto de la actual participación conjunta de nuestros militares en las distintas misiones internacionales junto con otras Fuerzas Armadas de otros países, incluso operativamente bajo su subordinación).

¹⁶¹ Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, vigente hasta el 23 de enero de 2008, publicada en el BOE núm. 145 de 18 de junio de 1991

¹⁶² Se puede observar así la primera “ampliación” del ámbito de la desobediencia en esta ley, en relación al marco de la desobediencia contenido en la LO 12/85, que luego pasaría a la LO 8/1998 para las Fuerzas Armadas con contenidos similares.

Y en la vigente Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil¹⁶³, se define como falta leve en el art. 9.3 “El retraso, negligencia o inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones, de las órdenes recibidas, o de las normas de régimen interior, así como la falta de rendimiento en el desempeño del servicio habitual.”.

Como falta grave en el art 8 apartados 5 y 33: “5. La falta de *subordinación*.” “33. La negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales o de las órdenes recibidas”.

Y como falta muy grave en el art. 7.15 “La desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que éstas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.”¹⁶⁴.

¹⁶³ Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, publicada en el BOE núm. 254 de 23 de Octubre de 2007, con vigencia desde el 23 de Enero de 2008.

¹⁶⁴ Como podemos apreciar, incluso se ha delimitado en menor medida el ámbito de las desobediencias en la Guardia Civil que en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, pues no se exige expresamente que la desobediencia sea a las órdenes recibidas de aquellos bajo los que se encuentra subordinado orgánica u operativamente el Guardia Civil, como ocurre en el régimen disciplinario actual de las Fuerzas Armadas. Esto, en principio, nos hace entender que puede considerarse incluso un régimen disciplinario más amplio o rígido en la Guardia Civil que en las FAS, y que su actual configuración responde a esa “tendencia” que hemos reflejado de los últimos años nuevamente hacia su rígida militarización, en contra de lo que “parecía” tras la introducción del art. 7 bis en el Código Penal Militar anterior. Ahora bien, también podremos observar que es un régimen disciplinario con carácter general muy similar al establecido para el Cuerpo Nacional de Policía conforme comparábamos anteriormente, por lo que no necesitaría en absoluto, como Fuerza y Cuerpo de Seguridad del Estado, la Guardia Civil una mayor rigidez estatutaria. Además, en el estudio de este apartado llegaremos a la conclusión de que todos, funcionarios y militares, estarán habilitados legalmente a la desobediencia de las órdenes ilegales, aunque no fueran manifiestamente ilegales.

Como vemos, a diferencia de lo que ocurre con los miembros de las Fuerzas Armadas, la obediencia en la Guardia Civil incluso se exige, a priori, con mayor intensidad, pues no se requiere para la comisión de una infracción disciplinaria que la orden, de cualquier tipo, emane de un superior orgánico u operativo, sino simplemente haber recibido tal orden o instrucción de cualquier superior, aunque se “suaviza” aparentemente¹⁶⁵ con la ampliación del catálogo de las posibles desobediencias cuando las mismas sean simples infracciones manifiestas del ordenamiento jurídico, al igual que para el resto del personal funcional, tal y como hemos delimitado.

De hecho se puede observar también incluso esa “más amplia” o rígida disciplina en la Guardia Civil que en las Fuerzas Armadas constatada en las vigentes y respectivas Leyes reguladoras de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los miembros de la Guardia Civil.

En efecto, en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁶⁶, después de reconocerse en el art. 3 que “Los miembros de las Fuerzas Armadas son titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en la propia Constitución, en las disposiciones que la desarrollan, en esta ley orgánica y en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares”, en el art. 6.1, como regla undécima del comportamiento militar, establece que “Obedecerá las órdenes que, conforme a derecho, son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que

¹⁶⁵ Y decimos “aparentemente” porque en este trabajo vamos a adoptar la postura de que el militar también podrá desobedecer las órdenes manifiestamente ilegales.

¹⁶⁶ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, publicada en el BOE núm. 180 de 28 de Julio de 2011, vigente desde el 01 de Octubre de 2011.

lleve a cabo u omita una actuación concreta. También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento”, recalcando que las órdenes (salvo las generales de orden y comportamiento) que deben obedecerse son las relativas al servicio y dentro de las atribuciones que correspondan al superior jerárquico, y en la regla Duodécima se refleja que “*Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.*” De forma similar a lo que establecen en la actualidad las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

Por su parte, la Ley Orgánica 11/2007 de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil¹⁶⁷, en su artículo 16, al tratar de la “Jerarquía, disciplina y subordinación”, se establece que: “Los miembros de la Guardia Civil deberán adecuar su actuación profesional a los principios de jerarquía, disciplina y subordinación. *En ningún caso la obediencia debida podrá amparar el cumplimiento de órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes*”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, publicada en el BOE núm. 254 de 23 de Octubre de 2007, y con vigencia desde 12 de Noviembre de 2007.

¹⁶⁸ Aunque ya hemos delimitado también que con la LO 12/2007 publicada el mismo día, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, también se habilita la desobediencia a las órdenes manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico.

Esta *obediencia debida* vemos que para la Guardia Civil, en principio, ya ha quedado normativamente descartada en estos supuestos de conflictos manifiestos con la ley, como en el caso del resto de los funcionarios, pero en el caso de los militares, aparentemente, sólo podría “*descartarse*” la obediencia cuando el orden constituya delito, no una simple infracción legal. Mientras que en cambio, la Guardia Civil, a priori, estará *obligada* a obedecer cualquier tipo de orden recibida de un superior, sea o no superior orgánico o funcional¹⁶⁹, aunque no esté dentro de sus atribuciones; mientras que para el militar sí que se ha definido, aparte de las órdenes generales de orden y comportamiento, la obediencia debida a las órdenes de servicio emanadas de un superior *dentro de sus atribuciones*, como veremos que después se exigirá en el delito militar de desobediencia del Código Penal Militar para ambos colectivos.

Y la respuesta disciplinaria frente a esas insubordinaciones¹⁷⁰, serían hoy en día para la Guardia Civil, amonestaciones o sanciones fundamentalmente pecuniarias¹⁷¹, al

¹⁶⁹ Al menos disciplinariamente no se exige esa dependencia; penalmente sí.

¹⁷⁰ Tradicionalmente en los distintos regímenes disciplinarios de las Fuerzas Armadas y Guardia Civil, que hemos ido citando en este trabajo, se ha reservado el término *insubordinación* a las desobediencias que entran dentro del ámbito disciplinario, frente al término *desobediencia* empleado para los delitos militares. De hecho, como hemos visto, se define disciplinariamente, además de las faltas leves de desobediencias o incumplimientos (inexactitudes en el cumplimiento) leves de órdenes, la “insubordinación cuando no constituya delito”, y para la graduación de la responsabilidad, penal o disciplinaria, se tendrá que estar caso por caso, en atención a parámetros que ha ido definiendo la jurisprudencia penal militar (Sala 5ª del Tribunal Supremo).

¹⁷¹ Ya hemos reflejado previamente que para la Guardia Civil, pese a su naturaleza militar, después del año 2007 no se contienen en su régimen disciplinario (LO 12/2007) sanciones privativas de libertad. Aunque es de destacar que en la Guardia Civil siempre ha existido la posibilidad de, disciplinariamente, separar del servicio a sus miembros, lo que se ha ido incorporando posteriormente a las distintas leyes funcionariales.

igual que para el resto de funcionarios de la Administración, mientras que para el personal militar, caben tanto sanciones de ese tipo como privaciones de libertad¹⁷², sanciones estas últimas que ya adelantamos que en territorio nacional, en tiempo de paz y normalidad constitucional, consideramos que carecen de una justificación razonable, justificadas simplemente en aras de garantizar una disciplina que, desde el año 2007, para la Guardia Civil se ha mantenido perfectamente, al igual que su “*naturaleza militar*”, sin la existencia de estas privaciones de libertad.

Por otro lado, la respuesta penal frente a las desobediencias, en el ámbito de los militares y Guardias Civiles, la tenemos en el Código Penal Militar.

Así, en el vigente Código Penal militar¹⁷³, se comienza delimitando, en su art. 5.1, la definición de “*superior*” como: “A los efectos de este Código y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 44¹⁷⁴, es superior el militar que, respecto de otro,

¹⁷² En este sentido debemos nuevamente recordar la reserva del Estado español al art. 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, expresamente establecida para los distintos regímenes disciplinarios que han existido para el personal militar durante esta etapa constitucional. La última de ellas establecida en el BOE de 17 Abril 2015 “*España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio (hoy artículo 57), se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida en que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre (capítulo II del Título I, Título II, Título III, capítulo I del Título IV, Título V y Disposiciones adicionales cuarta y quinta), de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, promulgada el día 4 de diciembre de 2014 y que entrará en vigor el 5 de marzo de 2015.*» Con ello, y a diferencia de cualquier otro ciudadano, se permiten las privaciones de libertad de los militares sin un procedimiento judicial previo, simplemente por una autoridad disciplinaria con potestad sancionadora.

¹⁷³ Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (BOE de 15 Octubre 2015) que entró en vigor el 15 de enero de 2016.

¹⁷⁴ Este apartado lo que hace es ampliar el concepto de superior también al que “lo sea en la estructura orgánica u operativa”, en consonancia con la definición

ostente empleo jerárquicamente más elevado, o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria”, y en el art. 8 se define “orden” como: “Es orden todo mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado, *en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le corresponden*, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.”

Y el art. 44 establece que:

“1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliere las órdenes legítimas de sus superiores *relativas al servicio* será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, *o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados*.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria.”

contenida en la Ley Orgánica de derechos y Deberes de los militares y en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas vigentes, y que antes hemos citado.

Como vemos, el apartado 3º nos recalca nuevamente los supuestos en que un militar se encuentra habilitado legalmente para la desobediencia a una orden, en consonancia con los parámetros que antes hemos delimitado, y se diferencian en los dos apartados anteriores, el castigo de la desobediencia en tiempo de paz, distinguiendo si es en relación a un servicio de armas o no, de prisión entre tres meses y un día a dos años en el segundo caso y de seis meses a seis años en el segundo, y en “situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en “*circunstancias críticas*”¹⁷⁵” entre cinco y quince años de prisión.

Por su parte, y como ya hemos adelantado, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha ido delimitando los requisitos de este delito de desobediencia, y sus diferencias en relación a las faltas disciplinarias de inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas o insubordinaciones. Así, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, de 4 Mar. 2014, Rec. 1/54/2013¹⁷⁶, aunque referida al correlativo art. 102 del Código

¹⁷⁵ Es de destacar que este artículo reduce la penalidad en relación con el derogado Código Penal Militar anterior (el correlativo art. 102 de la LO 13/1985, de 9 de diciembre (BOE de 11 Diciembre 1985) cuya pena era de diez a veinticinco años de prisión) pero utiliza el concepto jurídico indeterminado “*circunstancias críticas*”, (en lugar de en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave que se utilizaba anteriormente) lo que es muy peligroso, por cuanto, a modo de ejemplo, el autor de este trabajo se encontró que se pretendía invocar este artículo para aplicar el código penal militar a situaciones de no incorporaciones según el tiempo ordenado para prestar servicios en una Unidad Militar de Emergencias para situaciones de incendios forestales, lo que afortunadamente fue archivado en el Juzgado Togado Militar nº 13 de Valencia, y confirmado por el Tribunal Militar Territorial Primero, ante el recurso de apelación frente al auto de archivo del Jefe de la Unidad Militar de Emergencias de Bétera (Valencia).

¹⁷⁶ Puede obtenerse esta sentencia en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7040903&links=%2254%2F2013%22&optimize=20140512&publicinterface=true> (última visita el 13/05/2017)

Penal Militar anterior, en su fundamento de Derecho quinto establece:

“Recordemos que la Jurisprudencia de esta Sala viene reiteradamente señalando (Sentencia de 24 de Enero de 2.008 que, a su vez, cita las de 10 de Octubre de 2.005, 1 de Abril de 2.006 y 16 de Julio de 2.007) como elementos típicos del tipo básico del delito de desobediencia previsto en el artículo 102 CPM, los siguientes:

a) La existencia de orden legítima, transmitida de forma adecuada.

b) Taxatividad en su contenido, esto es, sin margen de discrecionalidad apreciable por el destinatario de la misma.

c) La condición de la orden como relativa a acto de servicio que corresponde realizar al sujeto activo del delito.

d) La gravedad o entidad de la desobediencia en consideración a la naturaleza del mandato incumplido, consecuencias del incumplimiento, circunstancias del caso, reiteración de la negativa o intencionalidad del sujeto activo y la repercusión sobre la disciplina quebrantada, cuya indemnidad constituye el bien jurídico protegido.”

Y en el fundamento de Derecho Sexto, esta sentencia refiere:

“En cuanto a la gravedad de la desobediencia esta Sala viene declarando que "no pueden existir criterios objetivos genéricamente predeterminados que permitan trazar con precisión una línea diferenciadora entre la infracción delictiva y la disciplinaria, y que habrá de acudirse en cada caso a la conducta del infractor, a su grado o empleo y a las circunstancias en que se produce la misma, atendiendo fundamentalmente a su relevancia y trascendencia para la disciplina y el servicio" y que "en definitiva cabe concluir que la apreciación de la gravedad de la desobediencia queda confiada al razonable arbitrio de los Tribunales en cada supuesto en concreto" (Sentencia de 11 Febrero 2.008 en la que se citan las de 28 de Septiembre de 2.001, 20 de Junio de 2.003 y 2 de Febrero de 2.004, entre otras). En nuestra

Sentencia de 22 de Julio de 2.011 insistíamos en ello al señalar que "Esta difícil tarea de enjuiciamiento de la gravedad de la desobediencia está sometida a la apreciación del Tribunal sancionador, en cada caso concreto, para lo que deberá acudir a las circunstancias concretas de trascendencia del acto, entre otras, el lugar, modo y tiempo en que se produjo, el origen del mandato y sobre todo la relevancia y trascendencia de la orden, siendo determinante el juicio que sobre el grado de peligro que para la disciplina y para el servicio haya supuesto la conducta desobediente".

Añadiéndose finalmente que *“Y es que la disciplina militar, que constituye una pauta esencial como medio para alcanzar la máxima eficacia en el logro de los fines constitucionalmente asignados a las Fuerzas Armadas, no admite que el cumplimiento de una orden legítima (como indudablemente lo era la de iniciar una corta marcha a pie para volver a cenar a la Base tras unos ejercicios de tiro en el marco de unas maniobras al no contarse con vehículos de transporte), dependa en su cumplimiento de si el subordinado que la recibe está o no de acuerdo con ella (Sentencia de 7 de Diciembre de 2.010).”*

Para completar un tanto el análisis jurisprudencial del delito de desobediencia militar, podemos citar también la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2004¹⁷⁷, que afirmó, con una extensa cita resumen de la doctrina anterior de otras resoluciones de igual rango, fechadas los días 6 de abril de 1992, 7 de junio de 1999, 15 de octubre de 2001, 20 de junio de 2003 y 23 de enero de 2004, que a los efectos de la existencia de una orden, carece de relevancia que la misma «Se dé por escrito, de forma oral, por vía telefónica o a través de un subordinado (S. de 28 de septiembre de 2001), sin que influya tampoco el hecho de que se

¹⁷⁷ Esta sentencia puede verse al completo en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=2577434&links=&optimize=20040327&publicinterface=true> (última visita el 13/05/2017)

encuentre de baja el destinatario (SS. de 16 de junio de 1995 y 7 de junio de 1999) ni que el objeto sea acudir al despacho de un mando (S. de 7 de diciembre de 1998).

Junto con ello, la misma resolución, con apoyo también en las de 6 de abril de 1992 y 7 de junio de 1999, recordó que la orden debe reunir, como *requisitos formales*, los de ser particular, singular y dirigida personalmente al subordinado, y transmitida a éste en forma adecuada que le permita conocer sin duda alguna la voluntad del superior que debe acatar y el contenido de lo mandado, y, con cita de las previas sentencias de 15 de octubre de 2001, 20 de marzo de 2002 y 5 de marzo de 2003, definió como *requisitos de fondo*, los dos consistentes en *legitimidad y licitud*.

La *legitimidad* deriva de la coincidencia de la orden con los parámetros exigidos por el art. 19 del CP Militar, ya que según la Sala Quinta lo son “las emitidas por un superior en forma adecuada y dentro de las atribuciones que generalmente le corresponden, relacionadas con el servicio y con las funciones que dentro del mismo tiene legalmente encomendadas el inferior”.

La *licitud* de la orden concurre cuando ni es manifiestamente contraria a las Leyes y usos de la guerra ni manifiestamente constitutiva de delito, en particular contra la Constitución.

El inciso final del Segundo Fundamento de Derecho de esta Sentencia de 3 de febrero de 2004 sostuvo que esas órdenes deberán ser cumplidas, incluso aunque adolezcan de algún defecto en relación con la legitimidad, “*porque el subordinado de ninguna manera puede entrar a hacer valoraciones respecto a lo que se le ordena a través de la relación jerárquica y dentro de las atribuciones del mando, salvo la referente a la licitud o ilicitud penal*”.

Con estas afirmaciones, la Sala 5ª mantuvo su doctrina sobre la licitud de las órdenes, expuesta con toda claridad en la sentencia

dictada poco antes, el día 1 de diciembre de 2003¹⁷⁸, en la que, tras apelar a las de 6 de julio de 1992, 18 de octubre de 1996, 19 y 28 de mayo de 1997, 18 de junio de 1998 y 17 de febrero de 1999, afirmó en su Fundamento de Derecho segundo:

“solamente las órdenes que constituyan delito, en particular contra la Constitución, o sean contrarias a las Leyes y usos de la guerra, como señalan las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, en su art. 34, deben ser consideradas ilícitas y ningún militar está obligado a obedecerlas. En todas las demás, debe seguirse escrupulosamente la prescripción de las mismas Ordenanzas, contenida en su art. 32, de que, cualquiera que sea su grado, el militar acatará las órdenes de sus jefes, sin perjuicio de presentar las objeciones que estime pertinentes, siempre que no se perjudique la misión encomendada, en cuyo caso las reservará hasta haberla cumplido”.

Según la misma Sentencia, los requisitos mínimos de una orden que hacen nacer la obligación jurídica de obedecerla son su licitud, en los estrictos términos expuestos, y la concurrencia de los elementos básicos de su legalidad, que son el haber sido dadas por un superior y versar sobre asuntos del servicio, pues puntualiza a continuación el fundamento de derecho segundo de la misma *“Pero hemos añadido también que existen ordenes que, siendo lícitas a la luz del referido art. 34 RROO., y reuniendo los elementos básicos para ser así conceptuadas, -elementos que son el haber sido dadas por un superior y versar sobre asuntos del servicio- no reúnen todos los requisitos para su plena legitimidad con arreglo a lo establecido en el artículo 19 del Código Penal Militar. En estos supuestos no*

¹⁷⁸ Puede verse el tenor literal de esta Sentencia en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=2747472&links=&optimize=20040209&publicinterface=true> (última visita el 13/05/2017)

está en discusión la obligación de cumplirlas. Lo que ocurre es que el reproche por su falta de cumplimiento no ha de inscribirse en el ámbito penal, sino en el disciplinario, porque, conforme a esa aludida doctrina, la insubordinación consistente en la desobediencia a una orden que, aunque sea lícita, no puede considerarse plenamente legítima por falta de alguno de sus requisitos, no puede encuadrarse en el delito del artículo 102 C.P.M., sin perjuicio de su corrección en la vía disciplinaria”.

Ahora bien, también pronto se estableció, en la importante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, de 31-03-2004¹⁷⁹, recurso 52/2003, que no sólo había que tomar en consideración como órdenes que podían incumplirse, aquellas que constituyeran delito, en particular contra la constitución, y las que contravinieran las leyes y usos de la guerra, conforme al art. 34 de las RR.OO., entonces vigentes, sino también aquellas que fueran contrarias al ordenamiento jurídico en general, particularmente cuando supusieran cualquier violación de derechos de los ciudadanos¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Puede verse completa en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=2446460&links=%2252%2F2003%22&optimize=20040503&publicinterface=true> (última visita el 13/05/2017)

¹⁸⁰ En efecto, en esta Sentencia se trata, en sede contencioso-disciplinaria militar el caso de una sanción disciplinaria impuesta a un militar por no facilitar datos personales de su esposa que le habían sido requeridos en su Unidad de destino, y en el fundamento de derecho Tercero se concluye: “Valoración de la actitud de incumplimiento por parte del encartado: Sentado lo anterior, es decir, la valoración ajustada a derecho por parte de la Sentencia en cuanto a considerar incluidos en los apartados 1 y 4 del art. 18 CE los datos requeridos en la orden militar, en relación con la LO 5/92, corresponde ahora, de conformidad con el contenido del recurso, entrar a considerar si la conducta del Teniente Sergio, al negarse a cumplimentar en su totalidad dicha orden por las razones expuestas, debe considerarse amparada en causa de justificación excluyente de la responsabilidad disciplinaria que en su día fue apreciada por la Administración sancionadora.

A estos efectos, conviene constatar - como ya hemos razonado, en parte - las consideraciones de la jurisprudencia de esta Sala en relación a las cuestiones planteadas, contenidas entre otras en SS. de 1.05.99 y 15.10.01, así como en relación al concepto de orden (cfr., entre las más recientes, las de 20.06.03, 23.01.04 y 6.02.04). En ellas ponemos de manifiesto que la legitimidad y legalidad de la orden viene determinada porque sea emitida por un superior, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, relativa al servicio y sin que sea contraria a las leyes y usos de la guerra y sin que constituya delito, en particular contra la Constitución, siendo estos últimos aspectos los más directamente relacionados con la licitud y legalidad y que hay que poner en relación con el art. 34 RROO, conforme al cual ningún militar está obligado a obedecer las órdenes que ostenten dicha condición que sean "contrarias a las leyes y usos de la guerra" o "constitutivas de delito en particular contra la Constitución". "Sensu contrario", hemos dicho que, si no están incluidas en tales supuestos de ilegalidad o ilegitimidad, "deberán ser cumplidas, incluso aunque adolezcan de algún defecto en relación con esa legitimidad, porque el inferior de ninguna manera puede entrar a hacer valoraciones respecto de lo que se le ordena a través de la relación jerárquica y dentro de las atribuciones del mando" (SS de 6.04.92; 7.06.99; 15.10.01; 20.03.02; 5.03.03 y 20.06.03).

Pues bien, en el presente caso, nos encontramos ante un supuesto que la Abogacía del Estado califica como "complejo" y "difícil", en el que no es diáfano un juicio de valor sobre la licitud o ilicitud de la orden recibida y su legalidad o ilegalidad. Sin embargo, desde el punto de vista intencional o subjetivo, si parece evidente, puesto que lo razonó así desde un principio, que el Teniente Sergio creía actuar en protección del ejercicio legítimo del derecho a la intimidad personal de su esposa que decía proteger, manifestando incluso los deseos que aquella le había significado en tal sentido. De cualquier forma, de conformidad con el inciso final del art. 34 RROO, el citado Oficial obró asumiendo la "responsabilidad de su acción u omisión". Por otro lado, entendemos que la orden emitida ciertamente no se encontraba dentro de las que hemos calificado jurisprudencialmente como "ilegítimas", en el sentido de que no era "contraria a las leyes y usos de la guerra" y que obviamente no constituía delito en general ni delito contra la Constitución en particular. **Ocurre, sin embargo, que, además del contenido de las RROO y de la normativa que estamos contemplando, sobre el concepto de orden (arts. 15 y 19 CPM y L.O. 8/98), deben ponderarse las posibles infracciones a los derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad) y, en general, al ordenamiento jurídico** y la parte de la orden objeto de estudio que exigía los datos de la cónyuge del inculpado era contraria a la legislación analizada en materia de protección de datos y, a su vez, a la actual interpretación del T.C. sobre los apartados 1 y 4 del art. 18 CE, además de no afectar al servicio. Debemos entender, por consiguiente, que el comportamiento del Teniente Sergio ha de ser valorado conforme a la citada legislación y a la interpretación otorgada por el Juez

Precisamente, esta sentencia, hizo entender a algún sector de la doctrina¹⁸¹, que se estaba produciendo una modificación jurisprudencial de la Sala de lo Militar en cuanto a la ampliación de la habilitación a la desobediencia a las órdenes militares, lo que, con la perspectiva del tiempo, vemos que no se ha consolidado posteriormente con la plenitud que entendemos debería haberse producido.

de la Constitución en la actualidad al derecho a la intimidad de las personas, cuya defensa invocó siempre el encartado, bien es cierto que exigiendo el mantenimiento de la intimidad en cuestiones y aspectos ciertamente inusuales, puesto que los datos que se le exigían y que se negó a facilitar no son normalmente considerados como íntimos por la mayoría de los ciudadanos, pero no hay que olvidar que el derecho a la intimidad tiene una perspectiva subjetiva y otra objetiva y que es legítimo que los particulares tengan distinta consideración en cuanto a la exigencia de la protección de sus datos respecto a la Administración, así como a su utilización informática, cuando no consta su consentimiento expreso o no son requeridos para fines judiciales, fiscales o administrativos, o de otra índole, en los casos en que la Ley prevea la obligación de proporcionarlos. A todo ello ha de añadirse que la parte de la orden incumplida o sobre la que el citado Oficial manifestó que no debía cumplimentarla no era relativa al servicio, conforme a la jurisprudencia de esta Sala antes analizada, lo que ha de tenerse en cuenta en conjunción con las valoraciones y alegatos realizados por el mismo en relación con el derecho a la intimidad, debiendo matizarse en tal sentido la configuración de la orden en relación a las reflexiones existentes en el recurso. En definitiva, el incumplimiento de la orden citada por el Teniente Sergio, en lo referente a proporcionar los datos que se interesaban sobre su esposa, tenía el amparo constitucional otorgado por la Ley de Protección de Datos 5/1992 y por la interpretación verificada por el Tribunal Constitucional del art. 18 CE, además de que los apartados específicos no cumplimentados sobre dichos datos no eran obviamente relativos al servicio ni afectaban al mismo...”

¹⁸¹ RUEDA GARCÍA, L., “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* nº 7, 2004, pp. 24-32.

3. Planteamiento de dos cuestiones de suma importancia: ¿Existe justificación proporcional y razonable para exigir, en condiciones normales, una mayor disciplina a las Fuerzas Armadas que al resto de los funcionarios o trabajadores? ¿Puede el subordinado analizar la licitud de la orden recibida en el ámbito militar?

Estas apreciaciones que hemos realizado hasta el momento, nos hacen llegar, a priori, a considerar que según la legislación y la jurisprudencia, existe una mayor rigidez a la hora de exigir el cumplimiento de las órdenes en el ámbito militar, justificado por la jerarquía y disciplina que imperan en las Fuerzas Armadas, y los especiales cometidos que les son asignados, que en otros sectores de la Administración pública; y que en la realidad práctica, así se viene exigiendo, no ya sólo por la mayor penalidad que, ante las desobediencias o insubordinaciones se prevé en el respectivo régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y en el Código Penal Militar en relación a lo establecido para el resto de los funcionarios públicos¹⁸², sino también por esa aparente mayor vinculación a los mandatos recibidos, siempre y cuando no constituyan delito, pero no cuando sean sólo manifiestamente ilícitos.

Ahora bien, no podemos compartir estas aseveraciones si son realizadas con carácter general, y en tiempo de “normalidad constitucional” y ello por dos motivos.

¹⁸² Hemos podido apreciar que el Código Penal prevé tan sólo para la desobediencia penal de los funcionarios sanciones pecuniarias y de inhabilitación especial temporal, mientras que para los militares y guardias civiles, la sanción penal por desobediencia es una pena de prisión de mayor o menor entidad, según la desobediencia sea en un servicio de armas o no, o en circunstancias críticas.

En primer lugar, porque entendemos que en situaciones normales –no en estado de guerra, anormalidad constitucional o incluso en participación en misiones internacionales con unas necesidades de seguridad y pronta obediencia específicas– no es necesaria esta excesiva penalidad en aras al mantenimiento de la disciplina.

Podrá, si se quiere, disponer una mayor penalidad, pero no necesariamente, en tiempo de normalidad constitucional, penas tan graves como las privativas de libertad. Falta un análisis adecuado de la proporcionalidad de esta medida –privación de libertad– con el bien jurídico que se pretende proteger: la disciplina. En circunstancias críticas, podrá ser necesario un mayor reproche penal que una sanción pecuniaria o una inhabilitación –como ocurre para el resto de funcionarios cuyas funciones públicas también son necesarias para el funcionamiento del Estado–, pero no en cualquier caso, como ocurre en la actualidad.

Y en segundo lugar, aunque entrelazado con lo anterior, porque, como ya anticipaba la Sentencia de la Sala de lo Militar de 31-03-2004, que hemos citado y transcrito, consideramos que no existen mandatos antijurídicos obligatorios cuando las órdenes son ilegales, entendidas como contrarias al ordenamiento jurídico en general, ni siquiera en el ámbito de las órdenes militares¹⁸³.

En efecto, no podemos compartir que no se permita al militar subordinado el análisis de la licitud de la orden recibida, cuando no es necesario, en la mayoría de las ocasiones de normalidad constitucional, un cumplimiento inmediato de la misma, o que se le obligue a prescindir de ese análisis, en estas situaciones de

¹⁸³ Un extractado pero muy bien documentado estudio en este ámbito, y cuya síntesis seguiremos a continuación se puede ver en HERNÁNDEZ SUAREZ-LLANOS, F.J., “A vueltas con la obediencia debida: ¿Mandatos antijurídicos obligatorios”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 22, 2010-II, pp. 145-170.

normalidad y ausencia de urgencia en el cumplimiento, por el temor al castigo de un régimen disciplinario o penal tan represivo.

Estos castigos o represiones tan graves no respetarían los criterios de proporcionalidad que hemos anticipado en este estudio, salvo en casos de urgencia o anormalidad constitucional, en que pueda ser conveniente exigirse la “férrea disciplina”, por una necesidad de “inmediatez” en el cumplimiento de la orden, ya que en situaciones de normalidad constitucional, no existirá tal urgencia.

Para un adecuado análisis de esta cuestión, y a lo que queremos llegar, es preciso que nos planteemos la obligación de obediencia en general, pero desde otra perspectiva, la de la exclusión de la responsabilidad penal sobre la base de la Teoría General del derecho penal.

Para ello, hemos de partir de la base de que, tras la supresión de la eximente de “*obediencia debida*” en el Código Penal de 1995 tras casi doscientos años de pervivencia, los casos de comisión de ilícitos penales en obediencia “*debida*” a órdenes de los superiores quedarían hoy reconducidos a la aplicación de la eximente de “*cumplimiento de un deber*” del art. 20.7, en el entendimiento de que especie del género “*deber*” es el “*deber de obedecer*”.

Como hemos citado previamente, el art. 410 del Código Penal castiga a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas en el ámbito de su competencia y revestida de las formalidades legales correspondientes siempre que “*no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general*”.

De esta manera, una primera lectura literal de este precepto normativo nos hace pensar que podrían existir mandatos u órdenes

que sean antijurídicas pero que no lo sean manifiesta, clara y terminantemente, y por tanto, que existiera un deber definido en el ordenamiento jurídico (art. 410 CP) de su cumplimiento, so pena de cometer un ilícito penal. Mientras que por el contrario, la realización de ese acto antijurídico –el cumplimiento de la orden antijurídica– podría quedar libre de sanción en base a la eximente del art. 20.7 del Código Penal¹⁸⁴.

Esta conclusión quebraría el principio de unidad del Ordenamiento jurídico, pues hablar de deber y de orden antijurídica, implica una contradicción de difícil solución. Estamos en el campo de los supuestos mandatos antijurídicos de cumplimiento obligatorio o mandatos vinculantes, que han sido objeto de reiterados estudios doctrinales, con tesis contrapuestas.

Si observamos la evolución histórica de nuestro derecho positivo en relación a estos mandatos vinculantes, podemos comprobar que está marcada por una progresiva restricción de los mismos¹⁸⁵, que abarca desde la obligatoriedad del cumplimiento en cualquier caso y sin reparos en tiempos remotos, a la situación actual

¹⁸⁴ Recordemos que el art. 20.7 del Código Penal establece que excluye de responsabilidad penal a quien “obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

¹⁸⁵ Sólo analizando la evolución de nuestros Códigos Penales así puede observarse, pues en el Código Penal de 1848 no se oponía condición alguna al mandato, reputando obligatorios con carácter general todos los mandatos del superior, en los Códigos penales de 1870 y 1932, se introdujeron dos condiciones a la obligatoriedad de las órdenes administrativas: que no infringieran clara, manifiesta y terminantemente un precepto constitucional, y que concurrieran la competencia del superior y las formalidades legales del mandato; en el Código Penal de 1944, se excluyó del mandato vinculante aquel que constituyera una infracción clara, manifiesta y terminante de cualquier ley para todo funcionario, y de cualquier otra disposición general para los funcionarios públicos constituidos en Autoridad, para finalmente en el Código Penal vigente de 1995, se suprime la referencia a los “funcionarios públicos constituidos en autoridad” por tanto no siendo vinculantes las órdenes que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

definida en el art. 410 del Código Penal, que obliga al cumplimiento de las órdenes emitidas por el superior, dictadas en el ámbito de su competencia y revestidas de las formalidades legales adecuadas, siempre y cuando “no constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general”.

Pero esta evolución restrictiva, como anticipábamos, aparentemente no impide la admisión de los mandatos de contenido antijurídico obligatorios en el segmento de la ilicitud no manifiesta¹⁸⁶, que muchos autores han defendido con carácter general al estudiar la parte general del Derecho Penal¹⁸⁷, o han

¹⁸⁶ Incluso podemos citar la existencia de concretas normas positivas que habilitan específicamente la obligatoriedad del cumplimiento de estos mandatos antijurídicos, como por ejemplo el art. 27 de la Ley 70/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que establece: “*El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera*”.

¹⁸⁷ A modo de ejemplo: CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito* 3ª ed., Madrid 2002, Dykinson. p. 899; MUÑOZ CONDE F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 7ª ed., Valencia, 2007. Tirant Lo Blanch, Págs. 339 y 340. CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Tratado de Derecho Penal I. Parte General*, Barcelona, 2005, Deusto, Pág. 188; o MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General* 7ª edic., Barcelona, 2004 Reppertor, Pág. 492, incluso ilustres autores alemanes como GÜNTHER YAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. CUELLO

justificado con base en distintas teorías específicas a la diferenciación de la anulabilidad o nulidades de los actos administrativos previstas en la ya derogada Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas¹⁸⁸, con base en la apariencia o presunción de legalidad de las órdenes de los superiores dictadas con las formalidades legales y requisitos competenciales¹⁸⁹, e incluso por su habitualidad.¹⁹⁰

Por el contrario, también son muchos autores los que rechazan los mandatos antijurídicos obligatorios, por la absoluta vinculación de los poderes públicos a la legalidad¹⁹¹, y con base en la

CONTRERAS, J y SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J.L.) 2ª edic, Madrid, 1997, Marcial Pons, pág. 551; CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito* (trad. LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ, M., GARCÍA CONLLEDO Y DE VICENTE REMESAL, J.) Madrid, 1997, Civitas pág. 742.

¹⁸⁸ CERESO MIR, J., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2008, Euros Editores S.R.L., licencia de publicación de Tecnos. Pág. 626.

¹⁸⁹ A modo de ejemplo: DÍAZ PALOS, F., “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida” en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria* Tomo I, Barcelona, 1983. Bosch, pág.199; ALVAREZ GARCÍA, J. “*El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*” Barcelona, 1987, Ed. Bosch, pp. 256 y ss.

¹⁹⁰ QUERALT GIMÉNEZ, J.L., *La obediencia debida en el Código Penal, análisis de una Causa de Justificación*, Barcelona, 1986. Bosch, pág. 224.

¹⁹¹ MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, Madrid, 1984.. Civitas, pág. 86 y COBO DEL ROSAL, M (coord.) *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 2004, Dykinson, p. 860 o COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S., *Derecho penal parte general*, 5ª ed. Valencia, 1999, Tirant lo Blanch, p. 532; VIVES ANTÓN, T. S., “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, en *Estudios Penales y Criminológicos* nº 5, 1980-1981, pp. 131-148.; PIGNATELLI Y MECA, F., “*La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*”, Madrid, 2003, Ministerio de Defensa, p. 218; ANTÓN ONECA, J., “*Derecho penal, Tomo I, Parte General*”, Madrid 1949. Gráfica Administrativa. pág. 275; CALDERÓN SUSIN, E., *Comentarios al Código penal militar*, Madrid, 1988, Civitas, pp. 421 y ss; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal. Tomo II*, Murcia, 1947, Cartoné editorial. pp. 261 y 262; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho*

unidad del ordenamiento jurídico, postura que compartimos en este trabajo.

También la jurisprudencia se ha pronunciado rechazando los mandatos antijurídicos obligatorios, Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 16 octubre de 1998¹⁹², recaída en el recurso 354/1998, en su Fundamento de derecho Sexto establece: “no cabe aplicar la obediencia debida como eximente, ni siquiera incompleta, cuando, como aquí ocurrió, nos encontramos ante hechos tan notoriamente ilícitos que no permiten el que pudiera pensarse que quien obedece desconoce el significado antijurídico de la orden recibida.”

Penal, Tomo VI: “La culpabilidad y su exclusión”, Buenos Aires, 1962, Losada. p. 826; CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995, Volumen I*, Valencia, 1996, Tirant Lo Blanch, p. 189; QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Barcelona, 1996, Cedecs, pág. 441; RUEDA GARCÍA, L., “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, (op. cit.) p. 26; MAQUEDA ABREU, M. L., *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Sevilla, 1998, Instituto Andaluz de Administración Pública, p. 11; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención “por obediencia debida”, en *Actualidad Penal*, nº 15, 1997, pp. 320 y 347; FRANCISCO PACHECO, J., *El Código penal, comentado y concordado*, Madrid, 2000, Edisofer, p. 196; LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2005. Dykinson, p. 284; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., *Derecho penal. Parte Especial*, 10ª edic., Madrid, 2005. Dykinson, p. 794 y ÁLVAREZ GARCÍA, “Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” en CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E., CUERDA ARNAU, M. L. (coord.), “*Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*”, Valencia, 2009, Tirant lo Blanch, p. 170.

¹⁹² La referida Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo puede verse en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=3097528&links=&optimize=20031011&publicinterface=true> (última visita el 14/05/2017), y en ella se trata un supuesto deber de obediencia al marido que realizaba actos de tráfico de estupefacientes.

Con más significación política, la Sentencia 2/1998 del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1998, Causa Especial Recurso: 2530/1995, (*Caso Marey*) en la que se produjo la condena de diversos altos cargos del gobierno español y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por el secuestro de un empresario vasco en Francia por los denominados Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL)¹⁹³ en su fundamento de derecho vigésimo primero, establece:

“En materia de obediencia debida y de cumplimiento de un deber [...] es requisito esencial que el mandato al que se obedece no tenga como contenido una acción u omisión manifiestamente ilícita. Y tan esencial es este requisito que su falta afecta al mismo concepto en que se pretende fundar la exención de responsabilidad criminal, de modo que no cabe hablar de obediencia debida (tampoco de cumplimiento de un deber) ni como eximente completa ni como incompleta. Quien sabe que actúa ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por ninguna de tales eximentes, ni tampoco puede verse favorecido por una atenuación en la sanción correspondiente. Véanse las Sentencias de esta Sala de 16 mayo 1983, 25 febrero 1986, 1 julio 1987, 20 noviembre 1989, 5 noviembre 1990, 20 diciembre 1990, 19 mayo 1995 y 24 junio 1997. Esta última dice literalmente así (FD 4º): “en modo alguno cabe hablar de obediencia debida cuando se tenía conciencia de la ilicitud del propio comportamiento y del que observaban los que, en su caso, hubieran dado la pretendida orden”.

También resulta esclarecedora a estos efectos, y ya de forma más amplia, no referida tan sólo a los mandatos manifiestamente ilícitos, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5

¹⁹³ Puede consultarse completamente la Sentencia en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=527637&links=obediencia%20debida&optimize=20070419&publicinterface=true> (última visita el 14/05/2017).

marzo de 1994, recurso 1185/1992¹⁹⁴, en su fundamento de derecho Tercero.2, cuando establece:

“los componentes de la tripulación en un momento determinado conocen los propósitos y finalidades de las operaciones que iban a realizar y prestan su consentimiento a participar con una conducta de colaboración (...) La exigente de obediencia debida surge en el seno de una relación regulada por el derecho público y que establece una situación de dependencia y jerarquía entre el que ordena y el que obedece¹⁹⁵. A su vez es necesario que la orden sea conminatoria y se produzca en el ámbito de las atribuciones propias del que ostenta la jerarquía o mando y que afecte al círculo de obligaciones que son propias del subordinado. En todo caso, el mandato tiene que ajustarse a pautas estrictas de legalidad y justicia, *en cuanto que no es admisible el beneplácito del ordenamiento jurídico con órdenes desprovistas de toda fundamentación y justificación legal.*”

Y en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 5 de noviembre de 1990, recaída en el recurso 2086/1988¹⁹⁶, que dice:

¹⁹⁴ Esta sentencia completa puede verse en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=3097099&links=obediencia%20debidayoptimize=20031011&publicinterface=true> (última visita el 14/05/2017).

¹⁹⁵ En este caso concreto era una relación laboral entre el patrón de un barco pesquero y su tripulación, y no olvidemos, como hemos relatado, que también existe esa relación jerárquica de dependencia en los distintos Estatutos de los Trabajadores que se han sucedido durante los años de nuestra democracia, desde el inicial del año 1980 hasta el vigente, en sus arts. 5.

¹⁹⁶ Esta Sentencia, referida a un supuesto de lesiones causadas a unos internos de la prisión de Carabanchel por los funcionarios de prisiones en averiguación de los intervinientes en la construcción de un túnel en la misma, puede verse en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=3183371&links=acatamiento%20ciego%20de%20toda%20>

“La exigente de obediencia debida no puede operar en todo caso, *sino que el funcionario subordinado jerárquicamente tiene el deber de examinar si la orden que recibe es justa o antijurídica, ya que al subordinado no puede exigírsele un acatamiento ciego a toda orden que reciba del superior, porque si la orden es injusta no vincula al subordinado* (SS. 25 febrero 1986, 1 julio 1987).”

En definitiva, el subordinado sometido a una relación jerárquica reconocida por el Derecho, como es la funcional, se ve inmerso en una *colisión entre dos deberes*; por un lado, el deber de obedecer que resulta de modo genérico del propio delito de desobediencia del art. 410 del Código Penal¹⁹⁷, y por otro lado en un deber general de sometimiento a la ley, al Derecho y a la Constitución, vía artículo 1.1, art. 9.1, y art. 103.1 de la propia constitución¹⁹⁸.

Y por tanto, nos encontramos con un conflicto de normas y de intereses, que habrá de resolverse en el terreno de la coherencia interna del ordenamiento jurídico, conforme a la Teoría general del Derecho inicialmente, con base en la jerarquía de las normas enfrentadas¹⁹⁹, y finalmente, en caso de persistencia en el conflicto,

[orden%20que%20reciba%20de%20su%20superior&optimize=20030823&publicinterface=true](#) (última visita el 14/05/2017).

¹⁹⁷ Y en el mismo sentido, como hemos visto, los deberes de obediencia y consecuencias disciplinarias por desobediencias, previstos en el estatuto de los Trabajadores, en los distintos regímenes disciplinarios de los funcionarios que hemos citado, y de la Guardia Civil y los miembros de las Fuerzas Armadas, y para éstos, también el delito militar de desobediencia.

¹⁹⁸ Pues no olvidemos que España es un Estado social y democrático *de derecho* (art. 1.1 CE), que tanto los ciudadanos como los poderes públicos (art. 9.1 CE.) están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y que (art. 103.1 CE.) la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

¹⁹⁹ Como criterio que generalmente será de más común aplicación que los otros criterios de prevalencia por Especialidad o temporalidad de las normas enfrentadas.

con base en la ponderación de los bienes o intereses en conflicto, conforme a las reglas del estado de necesidad²⁰⁰.

Y es que hay que partir de que “no hay en Derecho español ningún “espacio franco o libre de Ley” en que la Administración pueda actuar con un poder antijurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de “someterse a Derecho”, han de ser “conformes” a Derecho”²⁰¹.

Los defensores de la teoría de la apariencia de la legalidad, se resisten a dejar en manos del subordinado y no del superior, la decisión de ejecutar las órdenes, pues otorgar un excesivo poder de inspección al subordinado, mayor que el de la simple apariencia de legalidad por no ser la orden manifiesta, clara y terminantemente ilegítima, supondría una dificultad excesiva del ejercicio de la autoridad.

Y así hemos visto que se pronuncian, en nuestro ámbito de estudio, diversas Sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que antes hemos citado al tratar del delito de desobediencia militar, con las pocas excepciones que también hemos citado.

Pero esta aseveración, con carácter general es la que consideramos debe ser revisada, puesto que nuestro derecho cuenta con suficientes mecanismos para impedir un poder de inspección extremo o abusivo, si atendemos al efecto disuasorio que produce la propia configuración de los delitos de desobediencia, que pesarán sobre quien inspecciona la orden, aun cuando incurra en error si éste

²⁰⁰ Recordemos que el art. 20.5 CP, cuando define el estado de necesidad, establece como eximente, tanto en los bienes propios como ajenos, la realización de una actuación típica para evitar un mal de igual o mayor entidad que el mal causado.

²⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho administrativo I.*, 11ª edición, Madrid, 2002, Civitas, pág. 442.

no es invencible²⁰² y que, además, debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz²⁰³.

Aceptado lo anterior, un deber de desobediencia circunscrito exclusivamente a las órdenes justas o legales, entendemos que preserva el principio de jerarquía en la medida en que resulta exigible, y mantiene el sistema jurídico coherente en toda su extensión.

Lo que puede afirmarse con carácter general en el principio de jerarquía de cualquier ámbito laboral o funcional, incluido en el ámbito militar que aquí estamos analizando, en el que ya hemos tenido ocasión de señalar previamente que el vigente art. 48 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las RR.OO. para las FAS, directamente establece que “Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. *En*

²⁰² Recordemos que nuestro derecho penal, art. 14 C.P., sólo exime de la responsabilidad penal cuando el error sea invencible.

²⁰³ ÁLVAREZ GARCÍA ha defendido que el que se ponga la legalidad por encima de la jerarquía no conduce a una Administración menos eficaz, indicando que, por el contrario, la Administración más eficaz es aquella que expresa su voluntad con arreglo a Derecho y que poner la jerarquía por encima de la legalidad implicaría, por un lado, que de ser la Administración Pública servidora de los ciudadanos, pasan a ser éstos servidores de aquella, y por otro lado, que al realizar actuaciones ilegales, la Administración provoca la presentación de innumerables recursos que impide o, al menos, dificulta la realización de su propia actividad típica (ÁLVAREZ GARCÍA, J. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987. Bosch. Pág. 265). Por su parte COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal parte general* 5ª ed. (ob. Cit.) pág. 484, sostienen que “la posibilidad de paralizar constantemente el ejercicio de la función pública por parte del subordinado es consustancial al Estado de Derecho. Si la paralización es ilegítima, el subordinado habrá de soportar la sanción correspondiente y si, por el contrario, es legítima, el Estado de Derecho resultará, en definitiva, afirmado por ella”.

todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión”²⁰⁴.

Es decir, si las órdenes son constitutivas de delito y en los supuestos definidos, se pueden desobedecer, existe habilitación legal para ello, pero no sólo esas órdenes, sino también entendemos que cualquier otra que sea contraria al ordenamiento jurídico vigente, que sea ilícita, según hemos tenido ocasión de analizar.

En efecto, la regla de la inexistencia del deber de obedecer, ya no a órdenes que mandan cometer delitos, sino a órdenes que atenten a la legalidad en general, se ve apuntalada en otros múltiples preceptos.

Así, comenzando por las citadas RR.OO. para las FAS²⁰⁵, en su art. 55, cuando delimita la “Responsabilidad en el ejercicio del mando”, refleja que “Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, *pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito.*”

El art. 60 del mismo texto normativo establece que en el ejercicio del mando, el militar “Actuará con iniciativa y la fomentará entre sus subordinados. *Para adoptar sus decisiones aplicará la*

²⁰⁴ En idénticos términos de habilitación legal de la desobediencia a las órdenes, también reflejábamos y citaremos después el art. 6.1 regla duodécima, de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, o el art. 44.3 del Código Penal Militar vigente (LO 14/2015 de 14 de octubre).

²⁰⁵ Ya hemos citado reiteradamente que puede encontrarse este Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en el BOE núm. 33 de 07 de Febrero de 2009 y su texto consolidado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-2074> (última visita el 14/05/2017)

normativa vigente y actuará con creatividad y capacidad de juicio sin coartar la intuición y la imaginación.”

Y con carácter general, el Artículo 3 establece como la diaria expresión del “Primer deber del militar” *“el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar y en estas Reales Ordenanzas.”*, y en su art. 4 establece como “Deberes de carácter general” que *“El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones derivadas de las misiones de las Fuerzas Armadas, de su condición militar y de su sujeción a las leyes penales y disciplinarias militares.”*

Por su parte, el Artículo 8, al definir la “Disciplina” establece que *“La disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas.”*

Y en concreto, en relación a los derechos fundamentales de la persona, se establece en su art. 11 que el militar *“Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos.”*, en el art. 12, bajo la rúbrica de “Derechos fundamentales y libertades públicas” se manifiesta que *“En su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin perjuicio de que en su ejercicio deba atenerse a las limitaciones legalmente establecidas en*

función de su condición militar.”, y en concreto, sobre la igualdad de género, el art. 13 establece que: “Velará por la aplicación de los criterios y normas relativos a la *igualdad efectiva de mujeres y hombres* y a la prevención de la violencia de género.”

Por su parte, en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas²⁰⁶, en su artículo 3 establece que “Los miembros de las Fuerzas Armadas son titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en la propia Constitución, en las disposiciones que la desarrollan, en esta ley orgánica y en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares.”.

En su Artículo 4 se refiere al Principio de igualdad recalcando la ausencia de discriminación alguna conforme al art. 14 de nuestra Constitución, y recordando que “2. Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar.”

Y recordando también en el Artículo 5, como “Deberes de carácter general” que “El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones militares derivadas de las misiones establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, con sujeción a las reglas de comportamiento que se definen en esta ley.”

²⁰⁶ Que puede consultarse su texto consolidado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12961> (última visita el 14/05/2017)

Y en concreto, en relación a la obediencia a las órdenes, podemos ver que en su art. 6, como “Reglas del comportamiento del militar” se establece en el apartado 1, como “reglas esenciales”, las reglas Décima a Duodécima con el siguiente tenor:

“Décima. La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, *pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito.*”

“Undécima. Obedecerá las órdenes que, *conforme a derecho*, son los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento.”

“Duodécima. Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”

En definitiva, es una regla esencial del militar actuar, y por tanto, emitir sus órdenes, *conforme a derecho*, respetando no sólo la Constitución, sino también el ordenamiento jurídico en general.

Y así lo reflejaba la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004 que antes hemos señalado cuando en su fundamento de derecho tercero indicaba que “la orden emitida ciertamente no se encontraba dentro de las que hemos calificado jurisprudencialmente como “ilegítimas”, en el sentido de

que no era “contraria a las Leyes y usos de la guerra” y que obviamente no constituía delito en general ni delito contra la Constitución en particular. Ocorre, sin embargo, que, además del contenido de las RROO y de la normativa que estamos contemplando, sobre el concepto de orden (arts. 15 y 19 CPM [...]), deben ponderarse las posibles infracciones a los derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad) y, *en general, al ordenamiento jurídico* y la parte de la orden objeto de estudio que exigía los datos de la cónyuge del inculpado era contraria a la legislación analizada en materia de protección de datos y, a su vez, a la actual interpretación del TC sobre los apartados 1 y 4 del art. 18 CE”.

Por todo ello, sostenemos que debería partirse de la base de que no se comete ninguna insubordinación ni desobediencia militar si no se cumple una orden que se considera contraria a cualquier norma del ordenamiento jurídico, pues si una orden es ilícita, en principio no debe obedecerse, y por la no realización de un acto antijurídico, no cabría, a priori, aplicar, por su desobediencia, ninguna consecuencia negativa.

Y esta debería ser la regla general, y no al revés, como se ha establecido tradicionalmente en la Jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo²⁰⁷, pues si finalmente la orden resultara legítima o conforme al ordenamiento jurídico, el militar que la ha desobedecido deberá asumir, reiteramos, la grave responsabilidad de su acción u omisión, e incluso si pudiera existir alguna orden que supusiera un conflicto entre distintos preceptos del

²⁰⁷ Según hemos delimitado anteriormente al reflejar la jurisprudencia consolidada existente en relación al delito militar de desobediencia, que, con carácter general y salvo las pequeñas excepciones citadas, no permite más que las desobediencias a órdenes constitutivas de delito, derivando a falta disciplinaria cualquier otras desobediencia, aunque fuera frente a orden ilícita.

ordenamiento jurídico, habrá que analizar la misma de forma que se ponderen los intereses jurídicos en conflicto, debiendo vencer en este caso la obediencia, sólo cuando el mal típico que se genera con el cumplimiento de la orden sea de menor gravedad que el que se evita con la ejecución de la misma, en aplicación de los postulados del estado de necesidad como causa de justificación de la conducta ilícita.

En otras palabras, se debe aplicar en estos casos las propias reglas de ponderación que venimos defendiendo en este trabajo, y proporcionalidad a la hora de analizar si las órdenes son o no ajustadas a derecho en caso de conflictos entre los distintos bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, debiendo realizarse un análisis pormenorizado de esos intereses en conflicto a posteriori para considerar si se debía o no obedecer la orden recibida.

La obediencia ciega por parte del subordinado, esto es, la completa ausencia de examen de la legalidad de la orden por parte del subordinado, no debe tener hoy en día respaldo alguno, siquiera en el campo militar²⁰⁸, y partiendo de la colisión de la voluntad del órgano administrativo o Autoridad con la voluntad de la ley, en principio hay que dar mayor significación a esta última, haciendo conceder una facultad de examen al subordinado como fórmula para vincular en la mayor medida posible el contenido de la orden a la citada voluntad legal.

Y si finalmente el subordinado ha errado en ese examen sobre la licitud de la orden, siempre podrán aplicársele las reglas del error de prohibición, por no haber aplicado una correcta representación de la ilicitud del mandato.

²⁰⁸ CUELLO CONTRERAS, J., *El derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito* (op. cit.) pág. 900, afirma que “nadie puede pensar que en un Estado de Derecho existe algo así como una obligación de cumplir ciegamente la orden del superior, ni en la policía ni en el ejército...”

Y por todo ello, reiteramos que frente a los argumentos utilizados por la doctrina para defender la existencia de los mandatos antijurídicos obligatorios, entendemos que su rechazo no menoscaba la efectividad de la Administración, en nuestro ámbito de estudio la jerarquía militar, ya que nuestro Derecho cuenta con suficientes mecanismos para impedir un poder de inspección extremo o abusivo por parte del subordinado, si atendemos al efecto disuasorio del propio delito de desobediencia, incluso con mayor castigo en el ámbito militar²⁰⁹, ni pone en entredicho el principio de autoridad o jerarquía que prevalece frente al principio de juricidad bajo la cobertura del estado de necesidad, cuando aquel principio no pueda ceder frente a consideraciones más banales de legalidad conforme a una lógica ponderación de bienes²¹⁰.

Es más, todo ello se hace más patente y necesario en las situaciones de “*normalidad constitucional*” en las que actúan fundamentalmente nuestras Fuerzas Armadas, donde no encontramos que esté justificado este “*mayor refuerzo*” de la disciplina, no permitiendo o limitando en tan gran medida al subordinado el análisis de la legalidad de la orden recibida, o imponiéndole desmesuradas sanciones privativas de libertad, pues la jerarquía y subordinación exigible en esas situaciones de normalidad, se puede proteger perfectamente con sanciones no privativas de libertad y en

²⁰⁹ Otra cosa es que también deba ser objeto de reflexión la necesidad de ese “mayor” castigo, tal y como hoy en día está establecido tanto en el régimen disciplinario militar como en el Código Penal Militar, y particularmente las privaciones de libertad, sobre todo en el primero, que consideramos son totalmente innecesarias en un Ejército como el actual, plenamente profesional, y en el que se ha demostrado, con la Guardia Civil, que sigue manteniendo su jerarquía y subordinación sin necesidad de sanciones privativas de libertad en el ámbito disciplinario.

²¹⁰ Así concluye su trabajo HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F.J. “*A vueltas con la obediencia debida: ¿Mandatos antijurídicos obligatorios?*” que hemos seguido básicamente en nuestra exposición. Op. Cit. Pág. 170.

igualdad de condiciones que en otros colectivos de profesionales públicos o no públicos.

En estas situaciones de “*normalidad constitucional*” podrá acotarse tranquilamente con posterioridad si dicho análisis realizado por el subordinado al plantear una desobediencia a la orden era o no correcto y adoptarse las decisiones disciplinarias, o incluso penales. Otra cosa sería en situaciones de guerra²¹¹, misiones internacionales²¹², o anormalidad constitucional²¹³, situaciones excepcionales, en las que podría reforzarse la disciplina específicamente para ellas con unas leyes específicas por la coerción hacia el cumplimiento de la orden derivado de una mayor sanción penal o administrativa.

Con esta solución, y reiteramos en situaciones de normalidad, se defiende por tanto también un *deber* de examen siempre de la orden por parte del subordinado, no sólo en el caso de las órdenes manifiestamente ilegales, o en nuestro caso en el ámbito militar, constitutivas de delito o contra las leyes y usos de la guerra, sino

²¹¹ “en situación de conflicto armado”, conforme establece al apartado uno de la disposición final primera de la L.O. 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, para las expresiones de “guerra” contenidas en la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

²¹² Por el riesgo para la seguridad de las propias Unidades militares que en sí mismas conllevan normalmente, pues aunque sean “misiones humanitarias” suelen darse en situaciones internacionales muy conflictivas.

²¹³ Particularmente el estado de sitio, en el que expresamente se prevé la intervención de las Fuerzas Armadas y de la Jurisdicción Militar en el art. 32 y ss., de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, aunque bien es cierto que en la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional en su art. 16 se amplía la posibilidad de colaboración de las Fuerzas Armadas con el resto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Administración Pública “en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.”, lo que abre la puerta a su participación en el resto de estados de anormalidad constitucional, y suspensión de derechos constitucionales.

también en el resto de las órdenes ilegales, agudizándose la relevancia del error sobre la naturaleza legal de la orden.

Para concluir, defendemos que orden vinculante acorde con el derecho vigente, también en el ámbito militar, es aquella que se imparte en el seno de las relaciones de subordinación reconocidas por el Derecho, que se ajusta a los mínimos de *legitimidad* (cumplimiento de los requisitos formales y competenciales) y *licitud*, es decir, no antijurídica, desde el punto de vista de la *legalidad material*.

Y por otro lado, no consideramos en absoluto justificada una mayor exigencia de la relación de jerarquía y subordinación, más en el actual ejército profesional, o del cumplimiento de las órdenes, mediante castigos desmedidos y desproporcionados por tales incumplimientos, cuando nos encontramos en situaciones de normalidad constitucional. De hecho, en estas situaciones de normalidad constitucional probablemente será menos necesaria una rápida disciplina militar o un rápido cumplimiento de las órdenes recibidas por un militar, que las que pueda recibir cualquier miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o cualquier servidor público encargado de servicios fundamentales para el ciudadano, como la Justicia, la Sanidad, la atención de los medios de transporte colectivos, etc., pues las misiones que la Constitución encarga a las Fuerzas Armadas, serán tan sólo esenciales o precisarán un pleno ejercicio en situaciones de anormalidad constitucional, y no cuando existe un funcionamiento normal de nuestro estado de Derecho, mientras que para el resto de los servidores públicos, los servicios esenciales de la comunidad se dan en cualquier circunstancia y pueden verse perjudicados gravemente por su actuación desobediente.

4. Breve reflexión sobre la objeción de conciencia.-

Íntimamente ligado con el deber de obediencia militar²¹⁴, y en los términos en que hemos desarrollado nuestras consideraciones anteriores, se encuentra el problema de la objeción de conciencia en España, que, aunque hoy en día ha dejado de estar en la primera plana de nuestra actualidad, con la desaparición del servicio militar obligatorio²¹⁵, en su momento tuvo mucha repercusión mediática y relevancia doctrinal, pues entraba en conflicto el deber de obediencia de nuestros jóvenes a la prestación de dicho servicio militar obligatorio, con su *libertad* de conciencia y religión.

Ante ese conflicto, el art. 30 de nuestra Constitución, después de establecer en su apartado 1º el “derecho y el deber” de los españoles de defender a España, en su apartado 2º establecía que “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”.

²¹⁴ Aunque también obviamente podríamos analizar este apartado al estudiar el respeto al Derecho Fundamental a la Libertad de conciencia y religión, preferimos aducir ahora a este apartado, por su coherencia con las reflexiones que aquí estamos manifestando de la colisión entre el deber de “obediencia” cumplimiento del servicio militar y el derecho fundamental a la libertad de conciencia y religión, que debe resolverse con una ponderación de los bienes jurídicos en juego a favor de esta última.

²¹⁵ La disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, determinó que a partir del 31 de diciembre del año 2002 quedaba suspendida la prestación del servicio militar, lo que sin embargo, fue adelantado a fecha a 31 de diciembre de 2001, por R.D. 247/2001, 9 marzo (B.O.E. de 10 marzo) probablemente también por las dificultades que se tuvo en la última época de incorporación de los jóvenes a filas, con un aumento muy considerable de solicitudes de exención por objeción de conciencia.

No obstante, hubieron muchos jóvenes que, hasta que se reguló debidamente la objeción de conciencia, desobedecieron el “deber” de presentarse a “filas”²¹⁶ por objeción de conciencia, o incluso con posterioridad, cuando ya se reguló esta prestación social sustitutoria, como se reguló de tal forma que suponía una mayor prestación temporal que la propia estancia en las Fuerzas Armadas, manifestaron su insumisión frente a dicha regulación de la prestación social sustitutoria porque les suponía una discriminación. Y ante su falta de presentación “a filas” o el abandono de las mismas (objeción de conciencia sobrevenida sobre la que también existieron debates doctrinales y jurisprudenciales), se veían privados de su libertad por delitos militares enjuiciados por la jurisdicción militar, y por tanto, castigados más severamente por el incumplimiento de ese deber que cualquier otro deber que pueda imponer a un ciudadano nuestro ordenamiento jurídico.

La objeción de conciencia al servicio militar surge como tal en cuanto éste se convierte en obligatorio para el ciudadano. Esto sucede, sobre todo a partir de las guerras napoleónicas, cuando se forman en Europa los grandes ejércitos nacionales por el reclutamiento. Sin embargo la negativa a participar en el ejército y la crítica a lo militar, como bases del hecho concreto de la objeción, tienen una larga historia, comenzando por actos más o menos individuales hasta convertirse en una lucha política colectiva y organizada²¹⁷.

²¹⁶ Expresión coloquial de la llamada a presentarse a realizar el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Armadas.

²¹⁷ Así comienza su exposición ROBLES MAYORAL, A “Historia de la objeción de conciencia: transformando la sociedad”, miembro del Movimiento de Objeción de Conciencia de Sevilla, y que puede verse en <http://www.lacasadela paz.org/ant/moc/historia.htm> (última visita el 16/04/2017). Exposición que seguiremos básicamente como breve recorrido histórico de la insumisión.

Aunque el primer insumiso español²¹⁸ fue Antonio Gargallo Mejía, un testigo de Jehová que fue fusilado durante la Guerra Civil por rehusar integrarse en el ejército franquista, apareciendo posteriormente en 1958 varios testigos de Jehová que fueron “condenados en cadena”²¹⁹, el movimiento insumiso español tiene sus verdaderos orígenes en los últimos años del franquismo.

Así, las primeras voces “*organizadas*” que abogan por no cumplir el servicio militar, desde planteamientos no violentos, surgen en la Comunidad del Arca, en un campamento en 1967 organizando un envío de cartas al Ministerio de Defensa pidiendo el reconocimiento de una alternativa de un sistema civil, lo que originó un primer proyecto de Ley de Objeción de Conciencia en las cortes en 1970, pero la comisión de Defensa Nacional lo consideró como un atentado a la conciencia nacional.

En 1971 Pepe Beunza se declara objetor por motivos no violentos, y su caso trasciende a la opinión pública despertando amplios grupos de apoyo a nivel estatal e internacional²²⁰. Es en este mismo año cuando se presenta el 2º proyecto de Ley de Objeción de Conciencia, pero será en este caso el gobierno el que lo retiró para evitar problemas.

En 1973 se reforma el código de justicia militar incluyendo la pena de 3 a 4 años por la negativa a la prestación del servicio militar obligatorio, poniendo fin con ello a las “condenas en cadena” que venían sufriendo anteriormente los objetores. En 1974 se pone en

²¹⁸ Obviamente en aquella época no existía la posibilidad legal ni constitucional de objetar, como actualmente en nuestra Constitución.

²¹⁹ Pues fueron procesados por un delito de desobediencia con penas de seis meses a seis años de prisión y una vez cumplida, se les volvía a llamar a filas, si se negaban eran nuevamente condenados, y así sucesivamente.

²²⁰ La campaña tuvo eco en algunos países europeos, realizándose incluso una marcha desde Ginebra a la cárcel de Valencia donde se encontraba ingresado Pepe Beunzá.

marcha el proyecto de un "*Voluntariado para el Desarrollo*" diseñado por Pepe Beunza y Gonzalo Arias, que propone que aquellos jóvenes que realicen 2 años de este voluntariado quedaran exentos del servicio militar obligatorio, pero a pesar de que 1.200 objetores firmaron para realizarlo el gobierno se limitó a confirmar que lo había recibido, pero no existió respuesta sobre el mismo.

En 1975, cinco jóvenes ponen en práctica el servicio civil durante más de seis meses y de forma colectiva y pedagógica haciendo prácticas de tipo social. Ese mismo año hacen pública su situación de objetores, pero mes y medio después fueron detenidos.

Entre 1.958 y 1976 pasaron por prisión 285 objetores y sus condenas sumaban 3.218 años, fueron cumplidos 1.904 años²²¹.

En 1976 la amnistía a presos políticos pone en libertad a los objetores de conciencia encarcelados, sin embargo la objeción sigue sin reconocerse y no hay garantías de que no vayan a ser detenidos nuevos objetores. Este mismo año hay un intento de solución por la aprobación de un Real Decreto sobre objeción de conciencia *por motivos religiosos* que impone un servicio cívico de 3 años de duración, pero este decreto rechazado por los objetores, quienes solicitan que, hasta que no saliese una regularización, la objeción de conciencia debería ser reconocida antes, durante y después del servicio militar, sin que para ello fuera necesario exponer motivos.

En 1977 el Ministerio de Defensa aprueba una orden interna en la que se otorga la situación de "*incorporación aplazada*" a aquellos que al incorporarse se declarasen objetores de conciencia y

²²¹ Estos datos son extraídos del resumen citado anteriormente del artículo de ROBLES MAYORAL, A., y son muy parecidos a los que constan en el artículo publicado por JAVIER SALAS el 15-02-2009, titulado "La resistencia que acabó con la mili" en <http://www.publico.es/actualidad/resistencia-acabo-mili.html> (última visita el 16/04/2017).

hasta tanto se regulase legalmente la misma. Aun así continúan las detenciones, sobre todo para los que se declaran objetores dentro del cuartel.

Es también en 1977 cuando se constituye formalmente el Movimiento de Objeción de Conciencia (MOC), oponiéndose a toda conscripción (civil y militar). En 1980 se presenta un nuevo intento de ley de Objeción de Conciencia, redactado por la UCD, que será rechazado por el MOC.

A finales de 1984 se dicta la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, que será la primera regulación legal post constitucional de la objeción de conciencia²²², que estableció una duración superior a la objeción de conciencia en relación al servicio militar obligatorio, manifestando que ello se hacía “para evitar un fraude” de utilizar la objeción de conciencia como medio de incumplir el servicio militar obligatorio, e indicando que además, se justificaba en el mayor “sacrificio” que suponía el servicio militar²²³.

²²² Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria que puede verse completa en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1984-28226 (última visita el 16/04/2017).

²²³ Efectivamente en el preámbulo de la ley 48/1984 se establece expresamente que “La mayor duración de la situación de actividad respecto de la del servicio militar es, desde luego, una garantía de las que la Constitución exige para que la objeción de conciencia no constituya una vía de fraude a la Ley a través de la evasión del servicio militar, pero es, también, una necesidad para evitar discriminaciones, pues no pueden tratarse por igual situaciones desiguales y discriminatorio sería que la prestación social y el servicio militar, cuyos costes personales e incluso físicos son notablemente diferentes, tuviesen la misma duración”. Posteriormente sería sustituida por la Ley 22/1998, de 6 de julio, que puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16132> (última visita el 16/04/2017), que corregirá la ley anterior equiparando el tiempo de actividad en la prestación social sustitutoria al de actividad en el servicio militar obligatorio, si bien, prácticamente no produjo efectos por la supresión del servicio militar obligatorio.

Los procesados anteriores fueron amnistiados y quedaron libres de sus obligaciones militares, pero un grupo importante de ellos, considerando que la mayor duración de la prestación social sustitutoria penalizaba a los objetores, y además que se trataba de trabajos forzados que eliminaban puestos remunerados, considerando que el objetivo del movimiento de objeción de conciencia debía ser la desaparición total del servicio militar, renunció a la amnistía y volvió a quedar en disposición de ser llamado a filas.

Cuando el ejército quiso volver a reclutarlos, los llamados "*insumisos*" se negaron tanto a incorporarse a filas como a acogerse a la objeción de conciencia. Al hacerlo incurrían en un delito y volvían a ser procesados, pero la existencia de una opinión pública mayoritariamente desfavorable al servicio militar obligatorio hacía que los procesos judiciales, sobre todo cuando incluían encarcelamiento, supusieran un coste político considerable para el gobierno.

La negativa a hacer el servicio militar estaba penada por el código penal militar y se enjuiciaba por la jurisdicción militar, siendo la pena mínima para ese delito la de un año de cárcel. La negativa a realizar la prestación social sustitutoria estaba penada por el código penal ordinario con dos años, cuatro meses y un día de prisión.

En los años siguientes aumentó exponencialmente el número de jóvenes que se negaban a incorporarse a filas o bien que, una vez reconocidos como objetores de conciencia, rehusaban hacer la prestación social sustitutoria. Si la represión contra los insumisos era complicada dado el amplio apoyo social con el que contaban, era aún más difícil cuando debía realizarla la justicia militar, ya que los procesados no habían llegado a formar parte del ejército, con lo cual seguían siendo civiles, y el paso de civiles por tribunales y cárceles militares evocaba demasiado la época de la dictadura reciente.

Así pues, las Fuerzas Armadas solicitaron al Gobierno que le liberara de las tareas de represión de la insumisión, lo cual se llevó a cabo haciendo que los insumisos al servicio militar fueran juzgados por tribunales ordinarios. Al principio aplicando el código militar y más tarde un código penal reformado que incluía el delito de negativa a hacer el servicio militar, con una pena aumentada para equipararla a la que se aplicaba a los insumisos a la prestación social sustitutoria.

En efecto, la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, en su Disposición Adicional Séptima, bajo el rótulo de “Modificación del Código Penal” añadió la Sección Tercera al Capítulo Segundo bis del Título Primero del Libro Segundo del Código Penal vigente en aquella época, “De los delitos contra el deber de prestación del servicio militar” incorporando los arts. 135 bis. h) que imponía las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo, o, en tiempo de guerra, la pena de prisión menor, en sus grados medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo, al que “citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares no efectuare sin causa legal su incorporación a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello”, y asimismo, el art. 135 bis.i) establecía que “El que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusare sin causa legal este cumplimiento será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión mayor o la de reclusión menor en su grado mínimo. Una vez cumplida la condena impuesta el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra”, y en la disposición transitoria séptima se estableció expresamente en sus apartados 2 y 3 que:

“2. Los Tribunales Militares y los Jueces Togados Militares remitirán a los órganos judiciales de la Jurisdicción

Ordinaria los procedimientos que sigan por delitos de no incorporación a filas o por negativa a la prestación del servicio militar, cualquiera que sea su estado procesal incluso si estuviere señalada vista. Los recursos de casación interpuestos contra sentencias que hayan enjuiciado estos delitos continuarán la tramitación hasta su fallo.

Los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria competentes para el enjuiciamiento de los delitos objeto de comprobación y esclarecimiento en estos procedimientos aplicarán los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar que se derogan.

3. Quienes a la entrada en vigor de esta Ley y por aplicación de los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar derogados hayan sido objeto de condena, cumplirán las penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios comunes²²⁴.

Y toda esta situación de conflicto dio lugar también a diversas Sentencias del Tribunal Constitucional²²⁵, que posteriormente han dado lugar a una doctrina consolidada y se aplican a otras situaciones de enfrentamiento de otros deberes y la

²²⁴ Y recordemos que incluso en nuestro Código Penal vigente (LO 10/1995) en su redacción original, en los arts. 527 y 528 se incluían penas privativas de libertad para aquellos que se negaran a realizar la prestación social sustitutoria, que fueron reducidas posteriormente por el artículo 1 de la L.O. 7/1998, 5 octubre, de modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos («B.O.E.» 6 octubre), y finalmente quedarían suprimidos estos delitos con la desaparición del servicio militar obligatorio, por la L.O. 3/2002, 22 mayo, por la que se modifican la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria («B.O.E.» 23 mayo).

²²⁵ Puede consultarse en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/libertad-religiosa/jurisprudencia-interes/objecion-conciencia> (última visita el 16/04/2017).

libertad de conciencia del obligado, sobre todo del personal sanitario, como por ejemplo, a la hora del aborto, o manipulaciones genéticas²²⁶.

Si hemos querido resaltar estos antecedentes es precisamente porque nos encontramos en la materia que estamos tratando de la obediencia/desobediencia a órdenes militares, y la colisión con derechos fundamentales, lo que entraña una ponderación de la posible desobediencia y la propia exención de la obligación del cumplimiento de la orden o deber jurídico, que engarza plenamente con la materia que hemos tratado previamente.

En efecto, particularmente interesante es la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril, que efectuó una primera aproximación al concepto y contenido de la objeción de conciencia, señalando “Tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. (...) Y puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución

²²⁶ Sobre estos aspectos, son interesantes los artículos de PARISI MIRALLES, A., y LÓPEZ GUZMÁN, J. “El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal”, en *Biomedicina* Vol. 4, nº. 1, 2009, pp. 50-62, cuyo texto completo se puede obtener en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3120052> (última visita el 16/04/2017), y de BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios” en *DS: Derecho y Salud* Vol. 13, nº. 1, 2005, pp.63-72. Incluso se puede citar como polémica activa la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 145/2015, de 25 de junio (BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015) sobre vulneración del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica por la sanción impuesta al carecer la oficina de farmacia de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel.

reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, ...”.

Más adelante (fundamento jurídico séptimo) también afirma que la objeción de conciencia entraña una excepcional exención a un deber, esto es, que introduce una excepción a un deber y que por ello ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, de manera que el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción. Desde estos parámetros, concluye que la objeción de conciencia exige para su realización de la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador. Para después añadir en el fundamento de derecho octavo: “Sin embargo, el derecho del objetor no está por entero subordinado a la actuación del legislador. Los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones. Su aplicabilidad inmediata no tiene más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable, supuestos que no se dan en la objeción de conciencia”.

Vemos con todo esto que se ha producido un “avance” significativo por el respeto de un derecho fundamental a la libertad de conciencia, de aquellos que no desean participar, por cualquier causa, en actividades violentas como por necesidad, pueden tenerse que desplegar perteneciendo a las Fuerzas Armadas. Y esto es un ejemplo de que se pueden hacer las cosas de “otra manera”, buscando formas alternativas para compaginar derechos y deberes y poder dar primacía a los primeros, pues no en vano, constituyen los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Con la supresión del servicio militar obligatorio y la profesionalización de las Fuerzas Armadas se ha podido evolucionar hacia la plena satisfacción del derecho de los objetores de conciencia a la no participación en las Fuerzas Armadas, y vemos que no por ello se ha visto perjudicada la Seguridad y defensa nacionales.

Pues lo mismo puede acontecer con otras cuestiones que debatiremos en este trabajo, ya que, como venimos defendiendo, se siguen “arrastrando” conceptos de restricción o exclusión de derechos fundamentales de los militares que no tienen justificación real, que son fruto de “otros tiempos” y debe revisarse su justificación, así como la búsqueda de alternativas que supongan una máxima expresión de los derechos fundamentales como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, aunque ello suponga regular los deberes, o la consecución de otros bienes jurídicos protegidos, por otros medios diferentes a los tradicionales.

B. Especial referencia a la Jurisdicción Militar, su independencia e imparcialidad, y la problemática del enjuiciamiento de las situaciones de limitaciones o violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas bajo las especiales condiciones de esta jurisdicción.

La Jurisdicción militar, es, sin duda alguna, la única Jurisdicción especial legitimada constitucionalmente²²⁷.

Efectivamente, el art. 117.5 de la C.E. da cobertura legal a esta Jurisdicción, pero nada impide que el legislador pueda suprimirla en el futuro, solución que sería igualmente constitucional, y que defendemos en el presente trabajo²²⁸, bajo el entendimiento de que dicha Jurisdicción, en tiempos de paz no es absolutamente necesaria, como así nos enseñan los países de nuestro entorno y nos encargaremos de desarrollar en este apartado de nuestro estudio.

²²⁷ Así empieza su artículo JUANES PECES, A. “La Jurisdicción Militar. Régimen Legal vigente: especial referencia a la Sala Quinta del Tribunal Supremo: perspectivas de futuro” (op.cit.). Pág. 17.

²²⁸ En el mismo sentido, además del artículo citado de JUANES PECES, se puede observar el trabajo de LÓPEZ-LORCA, B., *Algunas reflexiones para la reforma de la Justicia Militar*, Cuenca, 2015, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla La Mancha, que puede obtenerse en <https://previa.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2011/15-2011.pdf> (última visita el 26/05/2017). Pág.4. También DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*, Valencia, 2003. Publicaciones de la Universidad de Alicante, pp. 115-124, o GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Madrid, 1999. Marcial Pons, pág. 60.

La Jurisdicción militar ha existido siempre en España, en el pasado más reciente, preconstitucional, con un ámbito competencial mucho más amplio que el vigente, aunque con la última reforma del Código Penal Militar, entendemos que se ha pretendido ampliar el mismo de una forma totalmente desmesurada²²⁹, en contra de lo que sucede en los países más desarrollados de nuestro entorno europeo, como Francia o Alemania.

Y resulta un tanto curioso observar, como señala JUANES PECES que “el mayor o menor ámbito competencial de dicha Jurisdicción está en relación directa con las circunstancias políticas y sociales del momento, de manera que, a mayor nivel de democracia,

²²⁹ A otra conclusión no podemos llegar si analizamos el reciente Código Penal Militar, Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, en el que se han incluido en el ámbito de la Jurisdicción Militar el enjuiciamiento de conductas frente a la libertad e indemnidad sexuales, o frente a la intimidad y el honor, específicamente en los arts. 42, 43 (Delitos de insulto a superior frente a los superiores) o 47 y 48 (Delitos de abuso de autoridad frente a los subordinados), y de forma más genérica e incluso como cláusula “residual”, en los arts. 49 y 50, bajo la rúbrica de “Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares” que establecen: Artículo 49: “*El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratare de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o de abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.*” Artículo 50: “*El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.*”

menor nivel competencial, y por el contrario, a mayores dosis de autoritarismo, el ámbito de esta Jurisdicción se amplía. Este dato... nos ofrece ya una clave interesante para entender el presente y futuro de dicha Jurisdicción”²³⁰.

Esta reflexión inicial, efectuada por un Ex Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, y actualmente Vicepresidente de este Alto Tribunal, con una visión muy amplia de nuestro Estado de Derecho después de haber pasado por distintos puestos de relieve en la carrera judicial, y en distintos órdenes jurisdiccionales, civil, social y penal, como Magistrado de Trabajo, como Juez de Instrucción, como Magistrado de la Audiencia Provincial de Cáceres y de Badajoz, en el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en la Audiencia Nacional, o incluso habiendo ejercido como Letrado del Tribunal Constitucional, avala la postura que aquí desarrollamos, que reiteramos, no es otra que la propuesta de la desaparición de la Jurisdicción Militar como tal, en tiempos de normalidad constitucional y en situación de paz, dejando tan sólo un cuerpo legislativo y organizativo de esta jurisdicción reducido a esos eventuales casos²³¹.

²³⁰ JUANES PECES, A. “La Jurisdicción Militar. Régimen Legal vigente: especial referencia a la Sala Quinta del Tribunal Supremo: perspectivas de futuro” (op.cit.). Pág. 18. Trabajo que citamos especialmente por haber sido en un pasado cercano, un muy activo Magistrado de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, a la hora de elaborar importantes votos particulares y líneas doctrinales en defensa de los derechos individuales, junto con CALVO CABELLO, J.L., como también se puede citar en épocas anteriores a JIMÉNEZ VILLAREJO, J y otros, no provenientes de la “terna” militar, es decir, del Cuerpo Jurídico Militar.

²³¹ Incluso nos permitimos entender que ni siquiera es necesaria su existencia en situaciones de “desplazamiento” en participación en misiones internacionales, pues la experiencia práctica en estos casos demuestra que incluso con simples infracciones disciplinarias que ya tengan un tanto de gravedad, se produce la “repatriación” del afectado por “razones de disciplina” y la sustanciación del correspondiente procedimiento en territorio nacional, lo que puede darse tanto

Efectivamente esta es la postura señalada, para el concreto caso de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, por JUANES PECES, que en su estudio refleja, como ya hemos señalado también previamente en este trabajo, la innecesariedad de la referida Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, planteándose su desaparición, por considerar que en los últimos años, hasta el 95% de los casos que ha tratado eran cuestiones disciplinarias de la Guardia Civil, que podrían ventilarse en el orden contencioso-administrativo y que el 5% de los restantes eran cuestiones penales de un Código Penal Militar que no revestían complejidad alguna, las cuales podían ser perfectamente tratadas por la Sala de lo Penal del Militar Supremo, evitando así la posibilidad de doctrinas contradictorias.

Estos mismos razonamientos servirían para proponer la supresión de los Tribunales Militares Territoriales y de los Tribunales Militares Centrales, al menos en situaciones de normalidad constitucional y en tiempos de paz, pues la norma penal especial en que consiste el Código Penal Militar²³² podría aplicarse perfectamente por tribunales penales ordinarios, si se quiere especializados –al igual que los Juzgados y Tribunales especializados en el orden civil o penal, en materias de violencia de género, juzgados de lo mercantil, etc.–²³³, y los procesos contencioso-disciplinarios correspondientes a los regímenes disciplinarios tanto de la Guardia Civil como de las Fuerzas

disciplinaria como jurisdiccionalmente (en caso de delito). Hoy en día la rapidez de las comunicaciones y traslados personales facilitan lo que aquí sostenemos.

²³² Norma especial que también podría perfectamente integrarse en el Código Penal “común”, pues si hacemos un repaso de los delitos penales militares del Código Penal Militar podremos observar que la mayoría tienen sus “homónimos” en el Código Penal “común”, y con agravar la pena genéricamente como se realiza con los funcionarios públicos, o, si se quiere, específicamente para el caso de los militares, sería suficiente, sin necesidad de un cuerpo legislativo penal propio.

²³³ Y si se considera necesario, a esos Jueces y Magistrados se les puede exigir una especialización específica en esta materia, como ocurre con los citados Jueces y Magistrados de lo mercantil o en materia de Violencia de Género.

Armadas también podrían ventilarse perfectamente en la jurisdicción contencioso-administrativa, como acontece con los asuntos en relación a los regímenes disciplinarios de otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y del resto de los funcionarios²³⁴.

Pero si las anteriores consideraciones generales no fueran suficientes, más aún debemos abogar por la desaparición de la Jurisdicción Militar, si nos atenemos al hecho de que multitud de autores han venido reiteradamente reflejando la ausencia de imparcialidad e independencia de esta Jurisdicción, por múltiples razones que iremos aduciendo a continuación, ya desde prácticamente el inicio de la andadura de la actual configuración de la Jurisdicción Militar, tras ocho años de su funcionamiento²³⁵.

Así, HERNÁNDEZ MUNTIEL, planteaba en esa primera etapa que “la ostentación del carácter de Mando” por los componentes de los Tribunales Militares y Jueces Togados Militares, “*sería absolutamente incompatible con el ejercicio jurisdiccional y atacaría asimismo no sólo la nota de exclusividad, vulnerando así el segundo párrafo del art. 119 de la LOCOJM, sino todo el espíritu*

²³⁴ En este sentido, ya hemos tenido ocasión de matizar en los apartados anteriores que la disciplina militar no es muy diferente a la que debe existir en estos otros colectivos citados, y ni siquiera los regímenes disciplinarios son tan “especiales”. En cualquier caso, imponer unas mayores sanciones para un mantenimiento “mayor” de la disciplina en las FAS, puede hacerse en ese régimen disciplinario específico, y ello no significa necesariamente que para el mantenimiento de esa “disciplina fortalecida” deba enjuiciarse también por tribunales “especiales”.

²³⁵ Desde mayo de 1988 con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) cuyo texto consolidado puede observarse en el siguiente enlace del BOE: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1987-16791> (Última visita el 20/05/2017).

*que preside la reforma operada en esta jurisdicción concretado en la clara y tajante separación entre el Mando y la Jurisdicción*²³⁶.

Efectivamente, si hacemos un recorrido histórico de la existencia de la Jurisdicción militar, podremos observar que precisamente ha existido siempre una “pugna” entre la dependencia de la misma del mando militar o su independencia de la cadena de mando, y podremos observar también que el propio hecho de que los miembros de los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Militar²³⁷, ostenten empleos militares y tengan la condición de militares, supone una quiebra de sus condiciones de inamovilidad, exclusividad e independencia, que son garantías previstas constitucionalmente para calificar una jurisdicción como ordinaria²³⁸.

²³⁶ HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., “Observaciones de un juez togado tras ocho años de funcionamiento de la nueva jurisdicción militar” en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 69, 1997, pp.193-206, Ex Juez Togado Militar y actual Abogado ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, quien a su vez, fue el primero en reconocer la legitimidad de la desobediencia militar realizada por el autor de esta tesis, poniendo su derecho fundamental a la libertad religiosa por encima de la obediencia debida, y proponiendo el archivo del procedimiento penal militar instado en su contra aplicando, ya en instrucción, la causa de justificación de su conducta en base al ejercicio legítimo de su derecho.

²³⁷ Con la excepción hecha de los cuatro Magistrados “civiles” de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, pues los otros cuatro magistrados provienen del Cuerpo Jurídico Militar, como puede apreciarse en los arts. 24, 36, 46, 54, 58 y 62 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

²³⁸ Recordemos en este sentido el art. 117 de la Constitución que establece que “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. 2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.” Y el art. 127 CE: “1. Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. 2. La ley establecerá el régimen de

Pero antes de iniciar ese recorrido histórico, para demostrar también la actualidad de este problema²³⁹ de ausencia de independencia de los miembros de la Jurisdicción Militar, y de los problemas de la integración de sus componentes en la “estructura” jerárquica militar, podemos resaltar el caso de la titular del Juzgado Togado Militar nº 12 de Madrid, y el altercado que sufrió recientemente con un Coronel Jefe de la base aérea de Getafe, quien sin respetar su Autoridad Judicial, le obligó a permanecer en su despacho hasta que le dijera qué iba a registrar en “su” Base militar, en relación a unas Diligencias Penales militares abiertas frente a miembros de la misma²⁴⁰.

incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.”

²³⁹ Aunque algunos miembros actualmente en activo, de lo que hemos denominado previamente como “postura oficialista”, nos pretendan hacer ver lo contrario, como por ejemplo, el actual Auditor Presidente del Tribunal Militar Central, MATAMOROS MARTÍNEZ, R., “*Líneas básicas para una reforma de la lo 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM)*”, en una reciente ponencia sobre las reformas a realizar en la Jurisdicción Militar, que puede observarse en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr%20Matamoros%20Mart%C3%ADnez%20Rafael.pdf?idFile=ce7b1683-0e5d-4eb0-bf11-b63ffe199a27 (última visita el 20/05/2017) pág. 5 refleja que “En práctica, tanto los órganos judiciales militares como sus integrantes actúan con plena independencia, lo que, sin embargo y *de forma gratuita*, se pone a veces en cuestión como medio para criticar extrajudicialmente algunas de sus decisiones.”. Después de casi veinticinco años de experiencia práctica trabajando como Letrado en la “jurisdicción militar”, no podemos compartir en absoluto que se haya criticado “de forma gratuita” esta cuestión, lo que por demás viene avalado por todos los estudios que aquí reflejaremos.

²⁴⁰ Así se puede ver en los artículos publicados en el periódico EL PAÍS de los siguientes enlaces (última visita el 20/05/2017): http://politica.elpais.com/politica/2013/06/23/actualidad/1372014339_889741.html http://politica.elpais.com/politica/2013/06/23/actualidad/1372011998_508799.html http://politica.elpais.com/politica/2013/06/23/actualidad/1372010848_697990.html Y particularmente el autor de esta tesis conoce personalmente desde hace años a la referida titular del Juzgado, por haber ejercido anteriormente funciones del Cuerpo

1. Antecedentes históricos de la Jurisdicción Militar en España.-

En relación a los antecedentes de la Jurisdicción Militar en general²⁴¹ y en España, se realiza un buen estudio por TRONCOSO DE CASTRO²⁴², quien ya comienza manifestando que “*partimos “ad initio” de la dificultad de explicar la realidad del propio derecho militar ¿incardinado dentro del derecho ordinario?, o, por el contrario, ¿original en sus planteamientos y con esencial autonomía?. Toda consideración, aun simplista, sobre deontología en la función jurídico-militar supone entrar en el campo delicado, no cabe duda, de la relación entre ley y poder, entre moral y fuerza. Relación difícil cuando el poder es militar y la fuerza puede*

Jurídico como instructora de procedimientos disciplinarios en la Guardia Civil, y puede atestiguar no sólo la realidad de lo acaecido y las dificultades de todo tipo que le ha generado tal episodio, sino también la excepcional actuación de esta “militar” del Cuerpo Jurídico en el respeto de los derechos de los militares y Guardias Civiles, en una aplicación justa del derecho militar, incluso contrariando órdenes “superiores” que le pretendían imponer propuestas de resolución de expedientes sancionadores diferentes a lo que consideraba justo como instructora.

²⁴¹ Podríamos citar también que en Roma, el *imperium* se confunde inicialmente con el *iudicium*; se crean después jurisdicciones especiales a cargo del «prefecto del Pretorio» y de los *legati*. En el Bajo Imperio, Constantino instituye los *magistri militum* para juzgar en apelación las infracciones militares (P. J. DOLI., “Analyse et commentaire du Code de Justice Militaire”, París, 1966, pág. 19).

²⁴² TRONCOSO DE CASTRO, A., “La independencia de los auditores en la Jurisdicción Militar. Una visión ética de la Auditoría militar” en *Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología* Vol. 2, 2003. Universidad Católica San Antonio de Murcia, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, pp. 695-735. El autor de este trabajo también hace una fuerte crítica a la dependencia de la jurisdicción militar del mando militar, todo ello desde la premisa de haber ejercido durante 40 años como miembro del Cuerpo Jurídico Militar en destinos jurisdiccionales y fiscales, y haber apreciado esta posible quiebra de la independencia, ejerciendo actualmente como abogado en la Jurisdicción militar, condición en la que el autor de esta tesis lo ha conocido y ha podido cambiar impresiones en este sentido con el mismo, ratificando todo lo que aquí manifestamos desde el punto de vista de nuestra mutua actuación profesional en este campo.

materializarse con medios coercitivos. El que manda, si el poder se materializa con el empleo de las armas, pretende allanar cualquier obstáculo que se le presente en el ejercicio de su autoridad, sea con la amenaza que supone el posible uso de la fuerza o por el temor que desprende la filosofía de la propia Institución.”

Tras ello, se dedica precisamente a analizar la jurisdicción militar desde la edad media hasta prácticamente nuestros días, indicando que los primeros textos de derecho militar españoles aparecen en las Partidas, y que durante la etapa medieval²⁴³, la jurisdicción castrense es ejercida por jueces civiles, juzgadores también de los delitos propios de la situación de guerra, si bien, los Ejércitos desde los Reyes Católicos hasta la era de la codificación, han contado en España con el asesoramiento de los *Audidores*, juristas al servicio de la milicia, en funciones dictaminadoras y muchas veces decisorias, ejercientes de una “jurisdicción delegada o compartida con el mando militar”.

En 1480 se crea el cargo de Capitán General, que será asistido desde 1553 por un Auditor, instituido por Carlos I para los Países Bajos, figura que se irá repitiendo en los siglos sucesivos hasta su desaparición por la Ley Orgánica 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción militar.

Pero avanzando hasta el Siglo XIX, aunque ya desde mediados del siglo XVII, podemos comprobar que, con el deseo de garantizar la independencia de los Auditores respecto a la autoridad política o militar, se inicia un proceso de equiparación de los auditores con las autoridades de la Jurisdicción ordinaria.

²⁴³ Reflejando en este sentido a MARTÍNEZ DE LA VEGA Y SEGRI, J., “El derecho militar en la Edad Media”, en *Biblioteca del Boletín de Justicia militar*, 1912, y a GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGUEZ, N., “Bosquejo histórico legislativo del cuerpo jurídico militar” en *Revista Española de Derecho Militar* nº 54, 1989, pp. 249-258.

Así puede apreciarse en la Real Orden de 29 de enero de 1804 que establece que “Capitanes Generales, Comandantes Generales y Jefes Militares que la tienen declarada, tengan precisión de proceder en las materias de Justicia con acuerdo de éstos, y que dichos Letrados puedan hasta cierto término substanciar por sí las causas”; “solo los Auditores serán responsables de las providencias que se dieren, a no ser que los Gefes militares, que exerzan la jurisdicción, se separen de ellos, como pueden, en cuyo caso responderán estos de su resultado”; y como forma de resolver el disentimiento “siempre que dichos gefes crean justo separarse del dictamen de sus Auditores, deberán remitir los autos al Consejo Supremo de Guerra con los fundamentos que para ello tuvieren”²⁴⁴.

Conforme al Real Decreto de 29 de diciembre de 1838, para garantizar su independencia, siguen siendo magistrados ajenos a la milicia, exigiendo para obtener el empleo de Auditor de Guerra los mismos requisitos que para los magistrados de audiencia²⁴⁵.

Es un estatuto funcional ajeno a la milicia, con autonomía absoluta, que fue la meta de un largo proceso reivindicativo, la cual sufre un duro golpe con los Reales Decretos de 19 de octubre de 1866 y 9 de abril de 1874, de creación del Cuerpo Jurídico Militar con dependencia formal del Ministerio de la Guerra, y a medida que se acentúa su tecnificación en el ejercicio de la Jurisdicción, con la ley de bases de 15 de julio de 1882 y Reales Decretos de 10 de

²⁴⁴ VALLECILLO, A., *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, Madrid. 1852, Imprenta de los Señores Andrés y Díaz. De hecho los Consejos de Guerra, que aparecen con la casa de Borbón en el siglo XVIII no desaparecerán hasta la vigente Ley 8/1987, en nuestro período constitucional, y se ocupaban de dirimir estas “discordancias” entre lo dictaminado por los Auditores y la Autoridad Militar, además de encargarse de las causas más graves.

²⁴⁵ El Brigadier FELIX DE LA PEÑA en 1850 y 1851 defendía una auditoría militar con absoluta independencia tanto del poder político como del mando militar en su obra *Fundamentos de un nuevo Código Militar y Proyecto de Código de Justicia Militar. Prólogo y articulado*, Madrid, 1854, Imprenta de Huérfanos.

marzo de 1885 y 19 de marzo de 1919, los Auditores comprueban cómo progresa su integración en el organigrama de las Fuerzas Armadas a través de los ascensos, destinos, calificaciones, alcanzando en la actualidad la máxima subordinación de la línea político/militar.

Esto refleja el dilema que hemos señalado inicialmente en estas líneas, que dominó la génesis y desarrollo de la jurisdicción militar. Por un lado la deseada y progresiva tecnificación, y por otro lado, la salvaguarda de su independencia, o cuando menos, de su autonomía del mando militar y, por extensión, del poder político y de la autoridad real.

Y este dilema siguió posteriormente con la II República, existiendo una serie de disposiciones²⁴⁶, que tienden a tecnificar y residenciar el ejercicio de la jurisdicción militar exclusivamente en los Auditores, independientes de la Autoridad Militar, y lo que era más importante, de los respectivos Ministros Militares, incluso intentando convertirse el Cuerpo Jurídico Militar en cuerpo civil al servicio del Ejército, sin carácter castrense, equiparado en categorías y emolumentos a la Carrera Judicial²⁴⁷, volviendo a restablecerse su carácter militar ya con el Código de 1945, en la dictadura del General Franco, en que se vuelve a la jurisdicción compartida, acentuando el carácter militar del Cuerpo Jurídico.

²⁴⁶ Decretos de 17 de abril, 11 de mayo, 2 y 9 de junio de 1931.

²⁴⁷ Por Ley de 12 de septiembre de 1932, si bien, los componentes del Cuerpo Jurídico Militar prefirieron seguir siendo militares, por lo que finalmente, por Ley de 26 de junio de 1935 se volvió a reafirmar su carácter militar.

2. La independencia e imparcialidad de los jueces y Tribunales militares en la actualidad.-

Pues bien, este dilema histórico sigue vigente en la actualidad, tras la promulgación de nuestra Constitución, y la aparición de la Ley Orgánica 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), que establece el actual sistema de jurisdicción militar²⁴⁸, e incluso con las últimas reformas legislativas realizadas en la misma, que han buscado dar una “*apariencia formal*” de independencia de la Jurisdicción Militar, remitiendo los nombramientos de los que deban ocupar cargos jurisdiccionales en Juzgados y Tribunales Militares al Consejo General del Poder Judicial, pero entre aquellos que ostenten unos empleos que sólo pueden alcanzarse por elección o clasificación, a través de unas evaluaciones realizadas por parte del Ministerio de Defensa, con lo que, en la realidad práctica, siguen teniendo esa dependencia del mismo en su carrera profesional²⁴⁹.

²⁴⁸ El propio Consejo de Estado en Pleno expresó en su Informe sobre el Anteproyecto de la LOCOJM de 1987 que “es consciente de que cabría una construcción más evolucionada de la Jurisdicción Militar que culminara su aproximación a la Ordinaria, homogeneizando su composición y actuación con aquella y tal construcción permitiría atribuir verdaderas potestades al Consejo General del Poder Judicial sobre esta Jurisdicción que habrán de comprender no sólo las de carácter disciplinario, sino las relativas a nombramientos y a la inspección de su funcionamiento”.

²⁴⁹ En efecto, la disposición final primera de la L.O. 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar ha reformado los arts. 27 (nombramiento de los Magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico Militar de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo) art. 37 (nombramiento del Auditor presidente y Vocales Togados del Tribunal Militar Central) y art. 47 (nombramiento del Auditor presidente de los Tribunales Militares Territoriales y Vocales Togados), en el sentido de que serán nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, cuando antes eran nombrados por el Ministerio de Defensa (en el caso del Supremo, ya previamente se nombraban por el CGPJ, aunque se le preparaba una “terna” de miembros del Cuerpo Jurídico por el Ministerio de Defensa para ello), pero en cualquier caso, como decimos, como el nombramiento se debe realizar entre determinados EMPLEOS MILITARES, sólo se puede acceder a ellos por elección (para los

En este sentido, es necesario resaltar que los ascensos en el ámbito militar se producen en la actualidad básicamente por los sistemas de antigüedad, clasificación y elección, reservando estos dos últimos sistemas, en lo que aquí nos concierne, a los empleos de Comandante a Oficial General²⁵⁰, que serán los que se corresponden con el ejercicio de la función jurisdiccional militar.

El sistema de elección, reservado a los empleos de Coronel y superiores, es discrecional, produciéndose el ascenso “entre aquellos militares más capacitados e idóneos para acceder al empleo superior”, sin que existan elementos “objetivos” para determinar esta cualificación, y en el sistema de clasificación “Los ascensos se producirán por el orden derivado de un proceso de evaluación”, proceso de evaluación que “tiene por finalidad determinar la aptitud o, motivándola, la no aptitud de los evaluados para el ascenso y, entre los aptos, *establecer su orden de clasificación*. Para ello se analizarán las condiciones de prelación e idoneidad en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los destinos del empleo superior”²⁵¹, sin que, por supuesto, tampoco existan definidos unos criterios objetivos para realizarse estas *clasificaciones* para el ascenso, o incluso la declaración de no aptitud para el ascenso.

empleos de Coronel y superiores, que se corresponden con los empleos necesarios para formar parte de los Tribunales Militares Territoriales o Tribunal Militar Central) o por clasificación (empleos de Comandante y Teniente Coronel para los Juzgados Togados), y por tanto, con carácter “discrecional” por el Ministerio de Defensa, con lo que, en última instancia, sólo podrán ser nombrados aquellos que previamente haya querido ascender el Ministerio de Defensa.

²⁵⁰ Véase a este respecto los arts. 14 y 15 del RD. 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería.

²⁵¹ Conforme al art. 24 del RD. 168/2009, de 13 de febrero, antes citado por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones, clasificaciones y ascensos vigente.

Por otro lado, también podemos destacar que incluso se pueden realizar en el ámbito militar “*Evaluaciones extraordinarias para determinar si existe insuficiencia de facultades profesionales*” como consecuencia de declarar una no aptitud definitiva para el ascenso, o cuando “se deduzca que algún militar presenta de forma continua deficiencias notables en alguna o todas de sus cualidades, méritos, aptitudes, competencias o forma de actuación profesional, de las que se deduzca que en ese militar pueda existir insuficiencia de facultades profesionales”, lo que puede determinar “la limitación para ocupar determinados destinos, del pase a retiro o de la resolución del compromiso, según corresponda”²⁵².

De esta manera, sigue siendo una “*falacia*” que no exista una dependencia para el ascenso, y por tanto para el ejercicio de la función jurisdiccional militar cuando los órganos jurisdiccionales militares se deben nutrir de miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ostenten determinados empleos. Y si para alcanzar dichos empleos, se procede a una “*evaluación*” para el ascenso totalmente “*discrecional*” sin la existencia de elementos objetivos para comprobar tal ejercicio “*discrecional*” por parte del Ministerio de Defensa, es claro que aunque el nombramiento final de los “*elegidos*” por el Ministerio de Defensa, se haya asignado recientemente al Consejo General del Poder Judicial, siempre se elegirán aquellos que desee el Ministerio de Defensa para ocupar los cargos de la Jurisdicción Militar.

Como decía JIMÉNEZ VILLAREJO²⁵³ en este sentido, “se podrá decir que el gobierno de la jurisdicción militar desde un departamento ministerial coloca a los jueces militares, desde el punto de vista de las garantías de su independencia, en una situación inicial

²⁵² Conforme al art. 12 del RD 168/2009 citado.

²⁵³ JIMÉNEZ VILLAREJO, J. “Subsistencia de la especialidad de la Jurisdicción Militar” en RAMÍREZ JIMÉNEZ (Coord) *Constitución y Jurisdicción Militar*, Zaragoza, 1997. Libros Pórtico, pp. 125-132. Pág.131

de desventaja con respecto a los jueces de la jurisdicción ordinaria”, pero también se podría oponer que esa diferencia no debiera dramatizarse tanto, ni que sea legítimo inferir de ello, una frívola e injusta descalificación de la jurisdicción militar, si tomamos en consideración que “no era diametralmente diversa de la actual situación de los jueces militares la que tuvieron los de la jurisdicción ordinaria en el largo período que media entre 1870 y 1980 –año en que se constituye el primer Consejo General del Poder Judicial– y que aquella situación no impidió a los jueces que se lo propusieron, ser realmente independientes”²⁵⁴.

A este respecto, efectivamente nos consta que existen numerosos miembros de la Jurisdicción Militar que merecen absolutamente todos nuestros respetos por cuanto se han “*propuesto*” ser y son o han sido “*realmente independientes*”. Pero también nos constan, en los largos años de experiencia profesional en este campo, la existencia de jueces que, precisamente por haber sido independientes, han visto frustrada su carrera profesional como tales²⁵⁵, y además, basta con que exista esta vinculación y

²⁵⁴ Y también hemos de reconocer que, en este sentido, como refleja HERRERO PEREZAGUA, J.F. “Jurisdicción Militar y Unidad de Jurisdicción” en RAMIREZ JIMENEZ (Coord.) “*CONSTITUCIÓN Y JURISDICCIÓN MILITAR*” op, cit. Pág. 189. “En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se presenta como garantía de la independencia el denominado autogobierno de la Magistratura. Es cierto que los peligros de posibles injerencias del Ejecutivo no han desaparecido con el desarrollo legislativo del mandato constitucional contenido en el art. 122 y que el sistema de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial instaurado en 1985 ha demostrado con creces sus deficiencias. Pero resulta también incuestionable que en el sistema anterior a la vigencia de la Constitución, los Jueces y Magistrados eran mucho más vulnerables a las intromisiones gubernativas a través del Ministerio de Justicia”.

²⁵⁵ En este sentido, podemos citar el propio hecho de que HERNÁNDEZ MONTIEL, A., a quien citamos en este trabajo por alguna de sus publicaciones cuando era Juez Togado Militar, se vio afectado precisamente en su carrera profesional por contrariar la opinión del entonces Capitán General de la Región Militar de Levante, en contra del autor de este trabajo, cuando cometió su

dependencia con el Ministerio de Defensa para que se pueda dudar de la imparcialidad e independencia de los jueces y magistrados militares.

Por lo que, como refleja HERNÁNDEZ MONTIEL²⁵⁶, al tratar de los “*cambios de destinos*” de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, entre funciones jurisdiccionales, fiscales o asesoras del mando, “no se duda de la capacidad profesional de poder asumir ambas clases, sino que se trata de impedir cualquier brecha por donde se filtre la duda o la crítica ante una apariencia contraria a los principios básicos que deben adornar a los componentes de los órganos judiciales. Ya sabemos que la nota de imparcialidad e independencia está impresa en la propia personalidad del titular de las funciones judiciales, pero también sabemos que las garantías con que la Ley dota a quien ejerce funciones judiciales lo son para que no pueda apreciarse por los justiciables ninguna sombra de sospecha sobre la independencia judicial por un lado, así como para proteger al propio Juez de agresiones a su independencia por otro”.

Es más, como refleja RAMIREZ SINEIRO²⁵⁷, la cualidad de independencia “atribuible al órgano jurisdiccional es el producto

desobediencia militar a una orden de permanencia en una formación de contenido religioso, pues defendiendo su independencia propuso el sobreseimiento del proceso penal instado contra quien aquí escribe. Esta y otras actuaciones “independientes” le ocasionaron que poco después, al reducirse en Valencia de dos Juzgados Togados Militares Territoriales a uno, como actualmente se presenta (el Juzgado Togado Militar Territorial nº 13), se quedó en el Juzgado resultante otro Juez Togado Militar con menor antigüedad. También denota lo anterior TRONCOSO DE CASTRO, miembro del Cuerpo Jurídico Militar durante 40 años, en las reflexiones que reflejaremos en este trabajo.

²⁵⁶ HERNANDEZ MONTIEL, A, “Observaciones de un Juez Togado tras ocho años de funcionamiento de la nueva Jurisdicción Militar”, en *Revista Española de Derecho Militar* op. cit. Pág.201

²⁵⁷ RAMIREZ SINEIRO, J.M. “La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista del Poder Judicial* número 33, 1994. Pág. 160.

normal a obtener de la estructura orgánica que sustenta la función judicial, y no el hipotético resultado de determinadas aptitudes personales de los titulares de aquellos órganos jurisdiccionales que rocen el altruismo, en cuanto obligarían a su desempeño sin tomar en consideración las particulares perspectivas de promoción profesional”.

Son muchos los autores que reflejan detalladamente esta falta de condiciones de imparcialidad e independencia de los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción Militar, no sólo con base en los sistemas de ascenso en sus empleos militares, sino también precisamente por no presentar la garantía de la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional, pudiendo desempeñar durante su trayectoria profesional, como miembros del Cuerpo Jurídico Militar, labores tanto jurisdiccionales, como fiscales, como de asesoramiento al mando.

En este sentido, podemos destacar a CANOSA USERA²⁵⁸, cuando manifiesta “Muy débilmente se asegura la inamovilidad de los Jueces Militares, toda vez que sus ascensos llevan aparejados cambios de destino, y lo que es más importante, pueden acarrear la pérdida de condición de Juez y paso a tareas de asesoramiento. Los “inocentes ascensos” podría utilizarlos el Ministerio de Defensa para desplazar a Jueces incómodos, poco afectos a la autoridad del Ministerio. Nada garantiza que un Juez militar lo siga siendo hasta su retiro, debido a la duplicidad de funciones que caracteriza al cuerpo jurídico militar. Lo anterior constituye excepción importantísima al principio de exclusividad, que impone, por un lado, que los órganos juzgadores se dediquen sólo a juzgar y, por

²⁵⁸ CANOSA USERA, R. “Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar” en *Revista Poder Judicial* n° 34, 1994, pp. 9-38. El párrafo destacado a su pág. 30.

otro, que sus miembros se ocupen en exclusiva de la función jurisdiccional”.

O también SÁNCHEZ DE MOVELLÁN²⁵⁹, realizando un análisis de la STC 204/1994, de 11 de julio, y STC 113/1995, de 6 de julio, más específicamente de sus votos particulares, así como el régimen de ascensos de los miembros de la Jurisdicción militar, concluye “que tanto los magistrados de los Tribunales Militares Centrales, como los de los Tribunales Militares Territoriales y los titulares de los Juzgados Togados militares son todos ellos nombrados por el Ministro de Defensa, estando, en particular, excluidos del régimen de “autogobierno””.

Sin descartar las contundentes afirmaciones de TRONCOSO DE CASTRO²⁶⁰ analizando el sistema de ascensos, cambios de destinos e independencia de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar como titulares de los órganos de la jurisdicción militar, de que “Hoy, como siempre, existen muchas formas de quedarse con la cartera ajena, y una de ellas, no menos importante, es la interpretación de la ley en favor del poderoso –sea el Estado o el Ejército– en perjuicio de los administrados. Que la Administración Militar necesitaba una reforma nadie lo pone en duda, pero es opinión unánime que se perdió la ocasión de incorporar al organigrama de las Fuerzas Armadas los esquemas administrativos de un estado moderno”, o que “Actualmente, y por vez primera en la historia militar de España, el ascenso puede ser también por selección o elección, superando a otros más antiguos y con mejor puntuación en las oposiciones, creando unas posibilidades espurias

²⁵⁹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.A., “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del Juez Togado. Independencia, autogobierno y presencia del ejecutivo en la Jurisdicción Militar” en *Justicia. Revista de derecho Procesal* nº 1. 1997. pp. 211-224.

²⁶⁰ TRONCOSO DE CASTRO, A. “La independencia de los auditores en la Jurisdicción Militar. Una visión ética de la Auditoría Militar” op. Cit. Pág. 733, y pág. 735.

de intervención de los superiores a la búsqueda de leales para cada momento o cada situación. También la provisión de destinos, salvo los de Fiscal Jefe, Secretario de Justicia y Auditor Jefe, eran de rigurosa antigüedad; ahora desde teniente, la regla es la contraria, de absoluta discrecionalidad del Ministro o del Subsecretario atendiendo a criterios personalísimos de aquellas autoridades. Es tal el margen legal de discrecionalidad, que podemos hablar de un poder absoluto de las autoridades del Ministerio en la política de personal, sin tener en cuenta, muchas veces, el mérito y capacidad del elegido, su hoja de servicios e historial militar. (...) No cabe duda que la elección o selección como medio de promoción profesional, teóricamente, constituye un procedimiento eficaz de dotar a la Administración de Jefes cualificados, pero en España, históricamente, este método se ha mostrado peligrosísimo y fuente de arbitrariedades e injusticias, ya que toda alteración en el número de ingreso en un cuerpo suele verse como nepotismo o favoritismo”.

Y en el mismo sentido ESCALADA LÓPEZ²⁶¹, establece rotundamente “De lo expuesto se concluye, entre otros aspectos, que no es posible aplicar un principio (el del juez ordinario predeterminado por la ley), a un ámbito (jurisdicción militar) en el que, ontológica, genética, y eugenésicamente, es imposible tal aplicación. Si el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley se traduce en el derecho a un tribunal y juez independientes y a un juez abstractamente imparcial, resulta absurdo cuestionarse la aplicabilidad del principio a un ámbito en el que el órgano y el juez, no es que no sean ordinarios y legalmente predeterminados, es que no pueden serlo, puesto que no cabe exigirse independencia orgánico-subjetiva y abstracta imparcialidad subjetiva de quienes, *ex definitionem*, no pueden ser independientes y abstractamente imparciales”.

²⁶¹ ESCALADA LÓPEZ, M. L., “Algunas reflexiones en torno a la jurisdicción militar”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 12, mayo 2007. Iustel.

Y para demostrar la auténtica “injerencia” del “mando” militar en el propio funcionamiento y ejercicio de la jurisdicción militar baste indicar que recientemente ha sido publicada una noticia por la que el Consejo General del Poder Judicial ha anulado una reciente “instrucción” interna de funcionamiento emitida por el Tribunal Militar Central y dirigida a los distintos Jueces Togados Militares en las que les “indicaba” que cuando tuvieran que entrar en el ejercicio de sus funciones judiciales en cualquier base o unidad militar, deberían previamente ponerse en contacto con el Jefe de Unidad para explicarle la actuación²⁶².

3. Un breve recorrido histórico de la Jurisdicción Militar en Derecho comparado.-

Otro excelente recorrido histórico en relación a la Justicia militar, pero que resulta más interesante para este trabajo, si cabe, por presentar una perspectiva de derecho comparado²⁶³, es realizado

²⁶² Esta noticia la podemos ver en el siguiente enlace: http://politica.elpais.com/politica/2017/06/15/actualidad/1497544423_241036.html (última visita el 16/06/2017) y en la que se puede apreciar que, precisamente el CGPJ declara nula de pleno derecho dicha instrucción previa denuncia, precisamente de la Titular del Juzgado Togado Militar nº 12 de Madrid, Ilma. Sra. Patricia Moncada, y algunos funcionarios de su juzgado, Juez Togado Militar respecto de la que precisamente hemos hecho alusión en referencias anteriores en el sentido de que fue retenida en su despacho por el Jefe de la Base Aérea de Getafe junto con una Teniente de la Guardia Civil, ejerciendo funciones de policía judicial, hasta que no le identificara qué había ido a hacer a “su Base Militar”, en un registro que querían hacer en unas diligencias declaradas secretas. Y que incluso el propio Tribunal Militar Central pretendió “expedientarla” por desobedecer al Jefe de dicha Base Militar, teniendo que ser finalmente amparada por el Consejo General del Poder Judicial en su actuación.

²⁶³ En el mismo sentido ÁLVAREZ ROLDÁN, L.B., “Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la justicia militar en diversos países”, en *Revista Española de Derecho Militar* núm. 53, 1989, págs. 57-74.

por PARADA VÁZQUEZ²⁶⁴, quien refleja inicialmente que “la Justicia militar es, sin duda, tan vieja como la existencia misma de los Ejércitos y un instrumento fundamental para mantener en ellos, y desde dentro de los mismos, la disciplina. Por ello, en origen, la autoridad judicial se concentra de forma absoluta en quien ejerce el mando militar dando lugar a la regla, esencial en la justicia castrense, de que «quien manda debe juzgar». Este es el precio que hay que pagar para que las hordas se conviertan en una institución controlada, en un Ejército.”

Pero aunque comience con estas contundentes afirmaciones que no compartimos, después en su estudio analiza precisamente que, a lo largo de la historia se produce un proceso de limitación de este principio, a través de dos figuras fundamentales.

Por un lado, la figura de los *Consejos de Guerra* que serán las piezas esenciales de la Justicia militar en la mayoría de los Ejércitos, si bien adquieren en unos y otros ordenamientos un distinto significado. En unos aparece como un órgano delegado del comandante en jefe, quien por ello nombra a sus componentes caso por caso, pero siempre superiores del inculpado (este es el modelo de consejo de guerra anglosajón²⁶⁵ y el tradicional también en nuestro

²⁶⁴ PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Toque de silencio por la Justicia Militar” en *Revista de Administración pública* n° 127, 1992, pp. 7-44.

²⁶⁵ En tiempo de paz, la Justicia militar inglesa, sistema que se extiende a todos los países de su influencia colonial, incluida EE.UU., se administra al margen de las facultades represivas directas de los Comandantes de Unidad, por los consejos de guerra generales y los consejos de guerra regionales. Unos y otros están formados por militares profesionales, formando parte de ellos un *Judge advocate* sin otra misión que asesorar sobre la ley aplicable y resumir los debates. Los fallos no son firmes hasta que no son aprobados por la autoridad que nombró el consejo de guerra. Los condenados por consejo de guerra tienen recurso de apelación ante el Tribunal Marcial de Apelación, que resuelve únicamente sobre cuestiones de derecho. En los Estados Unidos la facultad de convocar el consejo de guerra corresponde a los jefes de división, de flota o unidad similar. Los consejos de guerra especiales, integrados por no menos de tres miembros, pueden ser

país hasta su supresión por las reformas de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre organización y competencia de la Jurisdicción Militar), y en otra modalidad, más evolucionada y «democrática», el consejo de guerra, que es un delegado permanente del mando militar, y se asemeja ya a un tribunal corporativo, enjuiciando con plenos poderes como juez y jurado sin interferencias aprobatorias del mando militar. Es el modelo francés resultante, tras las intensas vicisitudes que sufre la Justicia militar con la Revolución, de las leyes napoleónicas y que incorpora elementos representativos de los grados militares, desde suboficial a coronel²⁶⁶.

Y por otro lado, el otro elemento de la Justicia militar, en esta justicia sumaria y profesional, pero ya presente en las Ordenanzas Militares de Alejandro Farnesio (1578), Felipe IV (1632) y Carlos III (1768): el jurista, el *Auditor de Guerra*, según nuestra denominación tradicional, que comienza a compartir con el mando militar las tareas judiciales, pero que, con el tiempo, pasarán a compartir la función

convocados por los comandantes de regimientos o de buques, y los consejos sumarios —formados por un solo oficial— por los comandantes de compañías destacadas. También hay necesidad de confirmación de la sentencia por la autoridad militar que ha convocado el consejo, tras el examen de su legalidad por los asesores del Cuerpo jurídico. Las siguientes instancias para el control de las penas más graves impuestas por los consejos de guerra son la Corte de Revisión —nombrada por el Auditor General, cuyos miembros habrán de ser letrados, no necesariamente de los cuerpos militares— y, sobre todo, el Tribunal Militar de Apelación, un verdadero tribunal de casación, cúspide de la Justicia militar, integrado por tres jueces letrados nombrados por el Presidente con la aprobación del Senado.

²⁶⁶ La Revolución impone el principio de legalidad y de igualdad en la Justicia militar. Las Leyes de 22 de septiembre de 1790 y de 19 de octubre de 1791 crean las Cortes marciales con un jurado militar, establecen la publicidad de los debates, la defensa libre de los acusados, la motivación de las sentencias y el recurso de casación contra éstas. En 1793, las Cortes marciales son sustituidas por los tribunales criminales militares y el año II se introduce el jurado. En fin, en el año III, los consejos de guerra se forman de nueve jueces permanentes y el jurado es definitivamente suprimido. Las Leyes de 13 de brumario del año V y 18 vendimiario del año VI, reglamentan la Justicia militar sobre la base de los consejos de guerra y el consejo de revisión.

judicial misma por una u otra técnica, ya sea en la instrucción del proceso, con el asesoramiento o ponencia de la sentencia del Consejo de Guerra, por la aprobación posterior de la sentencia o por la presencia de Consejeros togados en el Tribunal Superior.

En definitiva, concluye PARADA VÁZQUEZ que el modelo que la historia y el Derecho comparado han precipitado como arquetípico de la Justicia militar, se basa en la atribución de la función de juzgar a los propios profesionales de la milicia, a lo que puede o no agregarse el elemento técnico jurídico, pero siempre con predominio neto del militar.

Y todavía hoy la virtualidad de este modelo mixto de militares y juristas, pero con predominio de los primeros, es patente en los países anglosajones (Inglaterra y Estados Unidos) y en aquellos que siguen su influencia (en nuestro entorno, Portugal, Bélgica, Suiza o Grecia).

En todos ellos la *Justice under fire* sigue descansando sobre las potestades judiciales directas del mando militar (juicio sumario ante el *Commanding officer*) o de la garantía que supone el Consejo de Guerra, cuyos miembros son nombrados por el mando militar y asesorados por los *Judge advocates*. Estos últimos forman todo el complejo aparato auxiliar de la Justicia militar y desempeñan los más diversos papeles: consejeros legales del mando militar, investigadores, acusadores, defensores; pero nunca el de jueces.

Ahora bien, reflejando PARADA VÁZQUEZ como “*último acto*” sobre la Justicia militar al que estamos asistiendo en algunos países, su supresión en tiempo de paz y el paso de sus competencias a los tribunales civiles, como ha ocurrido en Alemania²⁶⁷ y

²⁶⁷ El artículo 96.2) de la Ley Fundamental de Bonn establece: «La Federación podrá crear tribunales disciplinarios militares, con carácter de tribunales federales, para las Fuerzas Armadas. Estos no podrán ejercer la jurisdicción criminal más que

Francia²⁶⁸, o simplemente en su desvirtuación, mediante la atribución a los juristas del predominio en los tribunales militares, como señala que ocurre en Italia y España, el que entra a continuación a tratar en su estudio.

Así refiere que efectivamente en el modelo ítalo-español, los juristas militares, antes “invitados”, o una pieza más en el entramado de la justicia castrense, consiguen, tras una larga etapa de asimilación formal con los cuerpos militares, hacerse con el control de la Jurisdicción castrense, “desvirtuando” la Justicia Militar en su origen, que como hemos visto, pasa de ser una justicia de militares

en el caso de defensa, así como sobre miembros de las Fuerzas Armadas que hubiesen sido enviados al extranjero o estuviesen embarcados en navíos de guerra. La reglamentación se hará por ley federal. Estos tribunales se hallarán bajo la competencia del ministro federal de Justicia. Sus jueces numerarios deberán estar habilitados para el ejercicio de la judicatura.» Para un mayor y detallado estudio del cambio producido en la legislación penal en Alemania es muy interesante el artículo publicado por CALDERÓN SUSIN, E. “La Ley Penal Militar Alemana de 1974: Comentarios y notas” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* n° 1, pp.87-110, que puede consultarse en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1985_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES (última visita el 21/05/2017), realizado precisamente en la época previa a la publicación en España de la LOCOJM en 1987, analizando las diferentes opciones que se podrían plantear para sustituir el entonces vigente Código de Justicia Militar. Interesante estudio partiendo también de la “calidad” de su autor como miembro del Cuerpo Jurídico Militar, profesor de derecho en la Universidad de Palma y posteriormente Magistrado de lo Penal.

²⁶⁸ Por virtud de la Ley 82/621, de 21 de julio de 1982, se suprimen los Tribunales Militares en tiempo de paz en territorio de la República. La jurisdicción ordinaria asumió las competencias, quedando la Justicia militar reducida a los Ejércitos que operan fuera de la República. Realmente, la Ley de 8 de julio de 1965 había dado ya un paso decisivo con la sustitución de los consejos de guerra, formados sólo por militares, por los Tribunales Militares permanentes en tiempo de paz, compuestos de cinco miembros: un presidente, un magistrado asesor, ambos magistrados ordinarios, y tres jueces militares de armas (art. 7). Además, en este sistema la instrucción de los procesos se encomendaba a los magistrados militares, miembros del Cuerpo de oficiales de la Justicia militar, con asimilación de grados y sueldos a los militares, a los que se asegura la independencia funcional (Ley de 9 de noviembre de 1956).

asesorados por juristas a ser una justicia a cargo de juristas asesorados por algún militar²⁶⁹.

Se resalta que “lo importante no es la ciencia y la experiencia y la responsabilidad del mando de las unidades militares, sino la ciencia y la técnica jurídica”, señalando que “En cualquier caso, no debe sorprender en demasía esta sustitución de los profesionales de las armas por los juristas cuando la guerra misma es cada vez menos una cuestión que se decide por el coraje y el valor de los combatientes y en mayor medida por la capacidad logística y el nivel tecnológico de la retaguardia. Si las batallas se ganan en función de los chips, de la sofisticación electrónica, y no del arrojo y disciplina de los militares que pulsan los botones de complejas máquinas cuyo funcionamiento real desconocen, ¿por qué no habría de pasar la Justicia militar a manos de otros expertos, a los juristas?”.

En cualquier caso, como vemos, nos encontramos señalando el dilema, ya apuntado en el estudio de lo establecido por los autores anteriores, entre dejar en manos de los mandos militares y políticos la justicia militar, o bien dejarlo en manos de técnicos independientes de esa dirección política y de mando.

²⁶⁹ Efectivamente este es el modelo de nuestros Tribunales Militares Territoriales y del Tribunal Militar Central, donde, además de los Vocales Togados, que son Vocales permanentes del Tribunal y juristas del Cuerpo Jurídico Militar, existen los Vocales “Militares”, que son nombrados por insaculación entre militares, no juristas. Así puede verse en los arts. 41 de la LOCOJM “La Sala de Justicia del Tribunal Militar Central se constituirá por su Auditor Presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar, cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en los supuestos de los apartados 1, 4 y 7 del artículo 34” y 51 “El Tribunal Militar Territorial o cada una de sus secciones, en su caso, se constituirá por su Auditor Presidente o quien le sustituya, un Vocal Togado y un Vocal Militar, cuando se trate de celebrar juicio oral y dictar sentencia en los supuestos de los apartados 1, 4 y 6 del artículo 45.” Y en los arts. 39 y 49 se define el sistema de nombramiento de estos Vocales Militares.

Concluyendo, en este sentido, también PARADA VÁZQUEZ que “aquí está la diferencia entre el modelo español e italiano de Justicia militar: mientras que en Italia, y desde una exigencia constitucional inferior a la nuestra, se ha ido decididamente a una judicatura militar plenamente independiente, gobernada por un Consejo de la Magistratura Militar, equiparada a todos los efectos a la ordinaria, en el sistema español de la Ley Orgánica 4/1987 (LOCOJM) los juristas que participan en la Justicia militar siguen siendo formalmente militares, funcionarios del Ministerio de la Defensa y discriminados en independencia y status funcional frente a los magistrados comunes; es, pues, una justicia no militar, aunque sobre lo militar; una justicia ministerial, no judicial. Y ello es así porque en independencia judicial se ha retrocedido a la situación anterior al Real Decreto de 8 de abril de 1874, en que los Auditores de Guerra y Marina eran magistrados civiles a todos los efectos como lo fueron desde sus orígenes, y por ello, todavía, el Real Decreto de 22 de diciembre de 1852 los incluye en la magistratura ordinaria, como ministros de las respectivas Audiencias”²⁷⁰.

Y posteriormente pasa a realizar en su trabajo un interesante estudio en relación también a la evolución histórica de la ampliación/reducción de competencias de esta “jurisdicción militar” en España, criticando que en la jurisdicción militar se haya residenciado también, no sólo una materia penal militar sino la materia contencioso disciplinaria, atribución que cuestiona como sustracción al orden jurisdiccional contencioso-administrativo²⁷¹.

²⁷⁰ PARADA VÁZQUEZ, J.R. “*Toque de silencio por la Justicia Militar*” (op. Cit.) Pág. 12.

²⁷¹ Y en este sentido cita el trabajo de LÓPEZ RAMÓN, F., “Recurso contencioso-disciplinario militar” en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 220, 1989, Pp. 85-116, cuando en su pág. 101 advierte que se está quebrantando la atribución de la materia administrativa a la Jurisdicción contencioso-administrativa. Esta se desprende en los artículos 106 y 153.c, único precepto, este último, en que se cita *nominatin* un orden jurisdiccional, el contencioso-administrativo, que sería así el

Siendo interesantes finalmente sus conclusiones después de tan extenso y fundamentado estudio, cuestionando el sistema de Jurisdicción militar creado por la Ley Orgánica 4/1987 (LOCOJM), al entender que no cumple con las previsiones constitucionales que establecían, en un principio y de forma contraria a lo esperado ya en aquellos tiempos, la subsistencia de una jurisdicción militar en el sentido tradicional, pero no la Jurisdicción Militar que tenemos en la actualidad, que rompe con la forma tradicional de la misma y con los propios postulados constitucionales.

Y para llegar a esta conclusión destaca que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al inicio de nuestra etapa constitucional y antes de la LOCOJM tampoco cuestionó, como la propia constitución, el sistema orgánico tradicional de la justicia castrense, sino que apuntó a consolidarlo matizando, únicamente, el alcance del sistema de garantías procesales.

Así puede observarse cómo en el Auto 60/80, de 22 de octubre²⁷², se declaraba derogado por la Constitución el artículo 40.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que vetaba el acceso a ésta de los recursos contra la resolución de los expedientes gubernativos de separación de servicio. Sin embargo, en los procedimientos más específicamente militares, la Sentencia 21/81, de 15 de junio²⁷³, admite que el procedimiento disciplinario

único constitucionalmente garantizado para la revisión de los actos de la Administración Pública. Puede descargarse en: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5162&path%5B%5D=5216> (última visita el 21/05/2017)

²⁷² Puede verse el citado Auto, y en concreto su fundamento de derecho 3º en este sentido, en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/7005> (última visita el 21/05/2017).

²⁷³ Puede verse esta sentencia, particularmente su fundamento de derecho 10º, recaída en un procedimiento de amparo constitucional interpuesto por D. Jose Luis Pitarch Bartolomé, luchador por los derechos fundamentales en las Fuerzas

militar no puede quedar sometido a las garantías procesales previstas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar, y, aunque reconoce que la privación de libertad está sujeta a unas garantías básicas —si bien no fueren estrictamente aplicables el artículo 24 de la Constitución y el artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos—, éstas, y en particular la garantía judicial efectiva, se entendían plenamente cumplidas mediante el acceso del sancionado a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Esta doctrina se confirma en términos más explícitos por la Sentencia 22/82, de 12 de mayo²⁷⁴, que declaró excluido del recurso a la Jurisdicción contencioso-administrativa las faltas estrictamente militares, por entender que el recurso de queja ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, como recurso final (art. 107.6 del Código de Justicia Militar)²⁷⁵, estaba amparado por el artículo 117 de la Constitución en cuanto excepción a los artículos 24 y 106 de la misma.

Armadas como Militar, perteneciente a la Unión Militar Democrática, y por ello perseguido y represaliado, ejerciendo posteriormente profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, autor de algún libro que hemos citado en este trabajo, y preciado compañero, en el siguiente enlace: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21> (última visita el 21/05/2017).

²⁷⁴ Puede consultarse esta Sentencia en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/64> (última visita el 21/05/2017).

²⁷⁵ El Código de Justicia Militar, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945 puede verse en su redacción original en el siguiente enlace del BOE: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/201/R00472-00936.pdf> (última visita el 26/05/2017). Aunque sufrió sucesivas modificaciones, tras la aprobación de la constitución, fundamentalmente por el RDL 45/1978 de 21 Dic. (reforma Código Justicia Militar, Ley penal y procesal de navegación aérea y Ley penal y disciplinaria de la marina mercante), LO 9/1980 de 6 Nov. (modificación del CJM y del CP), LO 2/1981 de 4 May. (modificación del CP y del CJM).

Igualmente se destaca por PARADA VÁZQUEZ cómo desde una perspectiva del Derecho europeo, no había necesidad de cambiar el sistema orgánico tradicional de la Justicia militar, al menos en su primera instancia, pues éste no es cuestionado desde aquí al no imponerse una justicia de juristas. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 1976, caso *Engels y otros contra Holanda*, parte del principio de que “cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar gozando en la materia un cierto margen de libertad”.

Y por otro lado, la inicial reserva formulada por España a la aplicación de los artículos 5 y 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (privación de libertad y garantía judicial de audiencia, ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley) en lo que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se mantuvo con posterioridad después de la Ley Orgánica 12/1985²⁷⁶.

Por otro lado, un argumento decisivo de que la Justicia militar en su organización tradicional se ajustaba, en la época que estamos considerando, para el legislador ordinario a la Constitución se desprende, inequívocamente, de que fue respetada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que, en una indiscutible interpretación de aquélla, sigue hablando de la Justicia militar como

²⁷⁶ Reserva de 24 Sep. 1986 (española a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 Nov. 1950. Modificación) BOE de 30/09/1986, como también ha sido mantenida después para las sucesivas leyes disciplinarias de las Fuerzas Armadas (no así para la Guardia Civil en su LO 11/91 lo que finalmente ocasionó la STEDH de 2 de noviembre de 2006 —«Asunto Dacosta Silva vs. España»—), tal y como hemos tenido oportunidad de reflejar anteriormente en este trabajo, siendo la última modificación de 10 Abr. 2015 (reserva española a los arts. 5 y 6 del Convenio de Roma 4 Nov. 1950, de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) BOE de 17/04/2015.

algo separado de la ordinaria, como una excepción a la jurisdicción única, sin configurarla como un orden jurisdiccional más, al lado del civil, penal, contencioso-administrativo y social, que es lo que hará la Ley Orgánica 4/1987 (LOCOJM), al crear una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo en absoluto previsto por aquélla (en sus arts. 3 y 9 y 21 a 24).

Y así, con este análisis cronológico, llega a concluir PARADA VÁZQUEZ que “resulta por ello sorprendente que la Ley Orgánica 4/1987 establezca un sistema de Justicia militar que ni respeta el modelo institucional de ésta ni respeta los principios orgánico-constitucionales de la Jurisdicción ordinaria, que se recogen en los artículos 117 a 128 de la Constitución. En definitiva, el resultado es que ni tenemos una jurisdicción castrense, de profesionales de la milicia, una *justice under fire* propiamente, tal como la Constitución impuso, ni tampoco un orden jurisdiccional militar conformado a los principios constitucionales: sólo el resultado de una manipulación, de un arbitramento, que es en lo que inevitablemente habría de parar una reforma que desconoce la historia y la voluntad del poder constituyente”.

Así, como relata, efectivamente la nueva Justicia militar abandona el principio tradicional inicial de que quien manda debe juzgar, mediante la eliminación de la autoridad judicial militar, a la que priva, según la posterior Ley Procesal Militar, de todas sus anteriores facultades, que ejercía de acuerdo con su Auditor, reduciendo su papel a la posibilidad de impugnar las sentencias que juzgue contrarias a derecho²⁷⁷.

²⁷⁷ En relación al sobreseimiento definitivo del Sumario, se dispone en el art. 252 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que estos autos se notificarán “a los Mandos Militares Superiores a que se refieren los artículos 111 y 112 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar” y también el Artículo 143 dispone que el auto por el que se adopte por el Juez Instructor alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141 (autos de archivo, elevación a sumario o inhibición), será apelable por el Fiscal Jurídico-

Y es también “la quiebra definitiva de la justicia por jurado profesional, con la eliminación de los consejos de guerra y del Consejo Supremo de Justicia Militar, sustituidos por unos Tribunales militares, Territoriales y Central, en los que la proporción de juristas sobre militares de armas es de dos a uno; con la desventaja para éstos de que el puesto es eventual, caso por caso, mientras los jurídicos son, como se decía en la Novísima Recopilación de los Consejeros Togados del Supremo Consejo de la Guerra, de «asistencia continua»²⁷⁸. Además, se crea un último nivel judicial en el Tribunal Supremo, la Sala de lo Militar, a cargo sólo de juristas (jurídico-militares y magistrados de la jurisdicción ordinaria)”²⁷⁹.

Y por el contrario, señala que “este nuevo modelo de Justicia militar, que rompe radicalmente con el perfil tradicional de la Justicia militar, tampoco se adecúa al orden jurisdiccional común, es decir, a los principios orgánico-judiciales de la Constitución”, pues “los jueces militares, los Jurídicos de la Defensa, están fuera del «cuerpo único» judicial a que se refiere el artículo 122 de la Constitución” con lo que concluye que son dependientes del Ministerio de Defensa “pues a efectos de la selección, formación, retribuciones, incompatibilidades, sanciones y promoción son

Militar, por los Mandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado, estableciendo la obligación de notificar dicho auto tanto al Fiscal Jurídico Militar, como al Mando Militar promotor del parte, al denunciante y al perjudicado.

²⁷⁸ Ya hemos reflejado anteriormente que tanto la composición del Tribunal Militar Central como de los Tribunales Militares Territoriales para la celebración de los juicios, conforme a los arts. 41 y 52 LOCOJM es de dos Vocales Togados (miembros del Cuerpo Jurídico Militar, uno de ellos Presidente) y un Vocal Militar que se extrae, caso por caso, por insaculación conforme a los arts. 39 y 49.

²⁷⁹ La composición de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en cambio, es totalmente por 8 Juristas, y conforme al art. 24 LOCOJM cuatro de los ocho miembros de la Sala procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar.

también simples funcionarios del Ministerio de Defensa, donde ejercen, a su vez, funciones asesoras o simplemente de gestión burocrática²⁸⁰.

Por ello concluye que “La independencia de los jurídico-militares y de los militares de armas, que forman ocasionalmente en los tribunales militares, es, pues, la misma que existía con anterioridad, pues la independencia de un juez se garantiza desde la organización de su carrera y no con enfáticas proclamaciones de la misma”²⁸¹, a diferencia del modelo italiano en que, como antes reflejaba, se ha creado una judicatura militar plenamente independiente, y equiparada a todos los efectos por la Ley 180/1981 a la ordinaria y gobernada por un Consejo de la Magistratura Militar²⁸².

Y por otro lado, señala además que “la duplicidad de funciones de los jurídico-militares infringe abiertamente el artículo 117.4 de la Constitución, que impide que los Juzgados y Tribunales —y por lo mismo los cuerpos de jueces que los sirven— ejerzan otras funciones que las estrictamente judiciales. ¿Cómo explicar desde esos principios constitucionales la presencia de los vocales militares en los tribunales territoriales, militares profesionales que ocasionalmente se sientan en un tribunal de justicia, como una pausa

²⁸⁰ En este sentido, hemos señalado también previamente el sistema de “elección” para el ascenso de estos cuatro miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, por ser Generales Auditores y Generales Consejeros Togados (art. 27 LOCOJM), por lo que son elegidos por el Ministerio de Defensa realmente al depender el ascenso a ese empleo de ese Ministerio, y además, por su pertenencia al Cuerpo Jurídico Militar, además están sujetos al régimen retributivo, disciplinario y de incompatibilidades de los militares.

²⁸¹ Citando a estos efectos los arts. 6 y 8 de la LOCOJM.

²⁸² Y a estos efectos cita a MAZZI, porque “no se trata tanto de garantizar la ausencia de vínculos o directivas sobre la actividad del juez, como de la ausencia de condicionantes indirectos derivados de poderes de tipo jerárquico ejercitados en el interior del aparato”: MAZZI, Giuseppe, “Ordinamento giudiziario Militare”, en *Rassegna della Giustizia Militare* núm. 6, 1989, pág. 406.

y excepción a sus ocupaciones estrictamente castrenses?; ¿y cómo explicar que los jurídico-militares sean a lo largo de su carrera asesores jurídicos de la Administración y verdaderos jueces?”

En definitiva, se culmina la crítica a la Jurisdicción militar por PARADA VÁZQUEZ indicando que “Tampoco cumple la reforma con el postulado del juez predeterminado por la Ley a que obliga, según el modelo judicial común, el artículo 24.2 de la Constitución. Los vocales militares se nombran para cada ocasión, como los antiguos vocales de los consejos de guerra, y la presencia de los Jurídicos de la Defensa en los Tribunales Militares, Territoriales y Central, depende de su nombramiento como tales jueces desde el Ministerio de Defensa y su permanencia en ellos puede verse interrumpida mediante un inocente ascenso decretado desde la misma instancia administrativa. De otro lado, en la composición de la Sala Quinta del Tribunal Supremo los cuatro magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico de la Defensa vienen de una carrera controlada absolutamente por el Ministerio, al que corresponde, con total discrecionalidad, determinar los ascensos al generalato y después, entre los ya Generales, proponer una terna al Consejo General del Poder Judicial”.

Y por todo ello concluye que “estamos en presencia de una infracción a la Constitución, que impuso una Justicia militar a cargo de los militares de armas, los cuales no pueden ser confundidos con unos juristas a los que se impone un estatuto funcional militar, una leve formación castrense y un uniforme. El resultado no es una Justicia militar, una justicia castrense en su esencia y singularidad tal y como la historia perfiló esta institución y acuña el Derecho comparado en aquellos países que la mantienen, y como parece haber respetado y querido la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.”

Tras estas líneas, expone que ante esta situación sólo hay dos salidas; o volver atrás, al perfil orgánico castrense de la Justicia

Militar, o ir hacia adelante profundizando en los principios constitucionales, haciendo de la Justicia Militar un orden judicial común, lo que implica la plena ruptura de los lazos del Cuerpo Jurídico militar con el Ministerio de Defensa, su dependencia del Consejo General del Poder Judicial y la asimilación y equiparación de sus miembros, a todos los efectos, a los demás miembros de la carrera judicial.

Ahora bien, respecto a la primera solución manifiesta que iría en contra “de los vientos de la historia”, puesto que la lógica evolución de nuestras democracias postulan más bien lo contrario, como hemos ido señalando que ha acontecido en Alemania o Francia, países donde ha desaparecido la Jurisdicción Militar y no ha existido consecuencia alguna de “peligro” hacia la disciplina de sus militares y sus Ejércitos.

4. El enjuiciamiento de las situaciones de limitaciones o violaciones de derechos fundamentales en el ámbito de las Fuerzas Armadas bajo las especiales condiciones de esta jurisdicción.-

Como vemos, son bastante significativas y fundadas las críticas a la Jurisdicción militar tal y como está hoy concebida, críticas realizadas ya hace más de dos décadas, pero nada, o pocas cosas han cambiado²⁸³.

²⁸³ De hecho se pueden consultar múltiples artículos periodísticos que demuestran casos recientes en los que se pone en duda la independencia e imparcialidad de la jurisdicción militar y se aboga por su desaparición, como, a modo de ejemplo, los que se pueden observar en los siguientes enlaces, en relación a los casos del Teniente Segura, la Comandante Zaida Cantera, etc. <http://www.publico.es/politica/pide-justicia-militar-impartida-militares.html> <http://www.publico.es/politica/caso-zaida-cantera-y-estrategia.html>

Antes al contrario, el actual Código Penal militar consideramos que supone una “ampliación” del ámbito competencial de la Jurisdicción Militar a aspectos que antes no quedaban definidos en el mismo, como antes hemos señalado, englobando conductas en los tipos penales militares de abuso de autoridad o de insulto a superior, que suponen actuaciones contra derechos fundamentales como la libertad e indemnidad sexuales, la libertad, el honor, la igualdad, la integridad moral, y en definitiva, la dignidad de las personas, atentados contra los derechos fundamentales que pasarán a ser enjuiciados, ya sea por la vía penal o la contencioso-disciplinaria, en una Jurisdicción que presenta todas estas serias objeciones manifestadas por la doctrina, por el simple hecho de haber acontecido entre militares. Jurisdicción en la que, por otro lado, hasta hace muy poco no se permitía ejercer la acusación al subordinado frente al superior jerárquico “por razones de disciplina”²⁸⁴.

<http://www.publico.es/politica/morenes-protecte-cupula-militar-y.html>

<http://www.publico.es/politica/tretas-del-ejercito-cargarse-al.html>

<http://www.publico.es/actualidad/defensa-encierra-al-teniente-segura.html>

<http://blogs.publico.es/un-paso-al-frente/2014/11/13/los-soldados-no-son-perros-ni-los-tenientes-coroneles-marqueses/> (última visita el 21/05/2017).

²⁸⁴ En este sentido, es de recordar que hasta la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, Sentencia nº 107/2004, de 28 de junio de 2004. Recurso de amparo 3862-2003, que puede verse en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/List> (última visita el 21/05/2017), no se permitía mostrarse parte al subordinado como acusación particular en contra del superior jerárquico, “por razones de disciplina”. “Como han alegado tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, el Pleno de este Tribunal, en la STC 115/2001, de 10 de mayo, al resolver el recurso de amparo núm. 1786/98, se pronunció sobre la compatibilidad entre los indicados arts. 108, párrafo 2, LOCOJM, y 127, párrafo 1, LOPM, con las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), habiendo llegado a la conclusión, en su fundamento jurídico 13, de que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, LOM, y efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el

Y es que en este sentido, y coherentemente con lo manifestado hasta este momento, ya en anteriores ocasiones se han planteado serias dudas acerca de si la Jurisdicción Militar debía considerarse como jurisdicción "ordinaria" a la hora de la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona a los efectos de la garantía especial de protección que se atribuye a los mismos a tenor de lo establecido en el artículo 53.2 de nuestra Constitución. Dudas que compartimos, y que fundamentalmente se referían al carácter "especial" y no ordinario de la Jurisdicción Militar y a la ausencia de las debidas garantías de imparcialidad e independencia que debe revestir todo órgano jurisdiccional, así como sobre si este tipo de procesos puede incluirse en el ámbito estrictamente castrense al que debe limitarse la Jurisdicción Militar por mandato constitucional.

En este sentido, en el voto particular que formula el Excmo.Sr.Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra a la sentencia TC

mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de la jurisdicción militar, que lo haga "de acuerdo con los principios de la Constitución"». Por consiguiente, basta con remitirse aquí a los razonamientos jurídicos de la STC 115/2001 (FFJJ 4 a 12) y tenerlos por reproducidos en el caso que nos ocupa. Procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado, así como, al igual que se hizo en las citadas SSTC 115/2001 y 157/2001, plantear ante el Pleno de este Tribunal, de conformidad con lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 108, párrafo 2, LOCOJM y con el art. 127, párrafo 1, LOPM, respecto del inciso, por lo que se refiere a este último precepto, «excepto cuando ofendido e inculpaado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación» en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley ex art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial." Efectivamente, dicho art. 127.1 LOPM y 108 párrafo 2 de la LOCOJM fue declarado nulo e inconstitucional nulo por Sentencia TC (Pleno) 179/2004, de 18 de octubre de 2004 («B.O.E.» 19 noviembre).

Pleno, S 6-7-1995, núm. 113/1995²⁸⁵ dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad 1650/89, 2049/89, 2117/89 y 2224/89 acumuladas, donde manifiesta que:

“Como continuación del voto particular formulado conjuntamente por D. Carlos de la Vega y yo a la STC 204/94, efectúo ahora éste a la presente sentencia que debió haber contenido un fallo interpretativo de los preceptos impugnados en la medida en que posibilitan que determinadas decisiones emanadas del Tribunal Militar Central o de los Tribunales Militares Territoriales y recaídas sobre pretensiones ordinarias de amparo no puedan ser revisadas por la Sala 5ª del TS, único órgano jurisdiccional que, a mi parecer, ha de merecer el calificativo de "ordinario" a los efectos de tener por cumplidas las exigencias del art. 53,2 CE. *No ha sido ésta la tesis de la mayoría de este Tribunal, para quien (como se expone en el f. j. 5º) los Tribunales Militares son ordinarios por el solo hecho de que se integran en una jurisdicción reconocida por la CE, en su art. 117,5, el cual requiere el respeto a los principios previstos en ella y, de modo especial, la concurrencia de la independencia judicial.*

A) Es cierto que la actual Jurisdicción castrense, tras la promulgación de las LLOO 4/87 y 2/89, ha adquirido una gran dosis de independencia... pero personalmente mantengo serias dudas de que ostenten el grado de independencia judicial requerido por nuestra Ley Fundamental para poder tutelar el libre ejercicio de los derechos fundamentales.

En efecto, cuando el constituyente en el art. 53.2 CE otorgó a los "Tribunales ordinarios" la primera palabra en la protección de los derechos fundamentales (y a este TC la última), no sólo lo hizo para contraponerlos con este Tribunal a los efectos del recurso de amparo, tal como a se afirma en

²⁸⁵ Esta sentencia se puede consultar completa en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2967#complete_resolucion&complete (última visita el 21/05/2017).

esta sentencia, sino que *ha consagrado dos exigencias, la una negativa y positiva la otra, a saber: a) Que nunca más puedan las jurisdicciones especiales (como aconteció en el franquismo, sobre todo, con la legislación antiterrorista) conocer de los conflictos suscitados por los particulares relativos al libre ejercicio de los derechos fundamentales, y b) Que, aun cuando los titulares de tales conflictos sean y versen sobre materias "aforadas", los órganos llamados a conocer de ellos habrán de revestir la cualidad de tribunales "ordinarios" integrados en el Poder Judicial.*

A esta última conclusión se hace obligado llegar por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque la utilización de aquel concepto por el art. 53.2 CE no es meramente descriptiva o casual, ya que, si así fuera, habría empleado el término "Juzgados y Tribunales" (como sucede en los demás pasajes de la Constitución: arts. 117 y ss.) y, en segundo, y, sobre todo, porque solo puede merecer el carácter de tribunal "ordinario" el predeterminado, no solo por la ley (art. 24,2), sino también por la propia Constitución. Ahora bien, lo que nuestra Ley Fundamental exige de los tribunales ordinarios es que sus Magistrados sean "independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley" (art. 117,1 CE), por lo que se hace necesario examinar la independencia de los Tribunales Militares.

B) Como es sobradamente conocido, la nota distintiva de una Jurisdicción especial, frente a la ordinaria o Poder Judicial, es la ausencia total o parcial de independencia judicial.

En el caso de la actual Jurisdicción castrense no es que aquella nota subjetiva de la Jurisdicción esté totalmente ausente, pues sus integrantes son imparciales (y, así, pueden ser recusados), inamovibles e independientes frente a la sociedad e incluso a sus propios superiores; pero tampoco es menos cierto que no poseen el mismo grado de independencia judicial que sus colegas del Poder Judicial, los cuales gozan de un nuevo grado de independencia judicial, instaurado precisamente por la vigente Constitución de 1978: la independencia colectiva de la Magistratura o sistema de

"autogobierno" del Poder Judicial, que la preserva frente a posibles injerencias de otros Poderes del Estado, y de modo especial, del Poder Ejecutivo.

Pues, bien, esta última característica de la moderna independencia judicial no concurre en los Tribunales Militares, distintos a la Sala de casación; y, así, se observa que los Vocales Togados de los Tribunales Militares son nombrados por el Ministro de Defensa (arts. 37,2, 47 y 54,2 LO 4/87), que pueden ser separados de oficio por un simple ascenso (art. 66,2) o, al contrario, por una sanción o apertura de expediente (arts. 66,7 y 67,3 y 4), cuya potestad disciplinaria aparece compartida entre la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (art. 35) y el Ministro de Defensa o su mando natural (art. 32 LO 12/85), pero en ningún caso, por el auténtico órgano de Gobierno de la Jurisdicción, esto es, el Consejo General del Poder Judicial.

C) Esta independencia relativa de la jurisdicción militar, naturalmente la legítima para el conocimiento de los asuntos que le son propios (siempre que se ciña al "ámbito estrictamente castrense", requerido por el art. 117,5), pues, dentro de esta especial relación de sujeción en la que se encuentra el funcionario militar, la Constitución expresamente autoriza a los Tribunales Militares a entender de tales conflictos a fin de garantizar el cumplimiento de los fines que nuestras Fuerzas Armadas tienen encomendadas.

Pero, cuando de lo que se trata es de conocer de la violación de algún derecho fundamental por un poder público contra un militar, esta pretensión de amparo sólo debiera ser conocida por un "tribunal ordinario" y ello por una razón elemental, cual es la de que, tratándose de una vulneración cometida por la Administración Militar o Poder Ejecutivo, no puede encomendarse su defensa a Jueces que son nombrados, promovidos o sancionados por dicho Poder Ejecutivo, sino por los únicos tribunales, individual y colectivamente independientes: los Tribunales ordinarios, integrados material y formalmente en el Poder Judicial.

La anterior doctrina, por lo demás, ha sido, desde siempre, mantenida por TEDH, quien, a la hora de interpretar el concepto de la "autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales" a los efectos de conocer del habeas corpus del art. 5,3 CEDH, ha exigido, no sólo que dicho órgano judicial sea imparcial, sino también "independiente del Poder Ejecutivo" (SSTEDH, caso Schieser, 4 diciembre 1979; caso Brincat, 26 noviembre 1992; y específicamente en relación con la Jurisdicción Militar, caso Van der Sluijs, Zuiderseld y Klappe, de 22 mayo 1984; caso Duinhof y Duijf, de 22 mayo 1984; caso Jong, Baljet y Van den Brink, de 22 mayo 1984)."

El referido Magistrado, para eliminar esos patentes inconvenientes para que la Jurisdicción Militar pudiera conocer de recursos sobre posible violación de Derechos Fundamentales en el ámbito sancionador de las Fuerzas Armadas, proponía, a los efectos de que se respetara el propio espíritu de los principios constitucionales consagrados en los arts. 53,2, 24 y 117,1 CE, efectuar una reforma de la Jurisdicción Militar que consagrara alguna de estas dos alternativas:

“a) El sometimiento de los Jueces Togados Militares al régimen de autogobierno, o b) la instauración de un medio de impugnación ordinario, ante el TS, frente a las resoluciones dictadas por los Tribunales Militares en los procesos de amparo, solución esta última que se cohonesta con lo dispuesto en el art. 53,2 CE, el cual no consagra la doble instancia, sino tan sólo que la pretensión de amparo sea conocida al menos por un auténtico Tribunal ordinario con anterioridad a acceder a este Tribunal, cualidad que tan solo concurre, como ha quedado dicho, con la Sala 5ª del TS.”

Las anteriores dudas planteadas sobre el “carácter ordinario” de la jurisdicción militar, serían suficientes para que tengamos que analizar si todavía subsisten tales planteamientos en la actualidad, y muy particularmente también cuando hablamos de la existencia de violación de derechos fundamentales, entendemos que ello no debe enjuiciarse a través de la jurisdicción militar, pues excede del ámbito

estrictamente castrense definido constitucionalmente cualquier violación de derechos fundamentales, tal y como acertadamente plasmaba también en su voto particular de la misma Sentencia 113/1995 el Magistrado, Excmo. Sr. don Tomás S. Vives Antón, cuando indicaba:

“4. La determinación de cuál sea el ámbito estrictamente castrense a que la Constitución se refiere ha de partir de la naturaleza de la jurisdicción militar.

La jurisdicción militar se configura como una excepción al principio de unidad jurisdiccional y, en consecuencia, sus miembros no acceden a ella en las condiciones genéricas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Todos, incluso los Jueces Togados, han de ser militares en activo (art. 65 de la Ley Orgánica 4/1987, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar). Esta peculiaridad la configura -y este Tribunal lo ha declarado en múltiples ocasiones- como una jurisdicción especial, pues una de las características definitorias de las jurisdicciones especiales consiste, precisamente, en que sus Jueces procedan de un determinado estamento o profesión, dentro del cual se supone cierta homogeneidad de creencias y actitudes, que representa una peculiaridad respecto de las creencias y actitudes del común de los ciudadanos. Si la Constitución ha ceñido el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente castrense es, quizás, porque entiende que, en ese ámbito, la diferencia aludida puede facilitar el enjuiciamiento de los problemas que se someten a la jurisdicción o, cuando menos, porque, pese a ella, en él, y siempre que no se salga de él, no existe un peligro grave de distorsión del enjuiciamiento.

Tras esa reflexión procede delimitar en qué consiste ese ámbito estrictamente castrense al que la Constitución se refiere. En un primer momento este Tribunal se atuvo a una concepción objetiva, atendiendo exclusivamente a la naturaleza militar del bien jurídico lesionado (STC 75/1982), Pero, esta concepción, que otorgaba a la jurisdicción militar una proyección desmesurada, hubo de ser sustituida por otra,

ya no sólo objetiva (esto es, anclada en la naturaleza del bien jurídico); sino también subjetiva (dependiente del carácter militar del sujeto) y funcional (dependiente de la naturaleza militar de los derechos y obligaciones en juego). Acogiendo esta última concepción, la STC 60/1991 afirma que "como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 C.E.); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado uti miles, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.

En consecuencia, el elemento clave para definir el ámbito estrictamente castrense son los derechos y obligaciones que corresponden al militar en cuanto militar.

5. La Sentencia de la que disiento entiende que nos hallamos dentro del ámbito estrictamente castrense, pues el amparo que se discute es solamente el que afecta al ejercicio de la potestad disciplinaria y, desde luego, nadie podría negar que la disciplina militar forma parte del núcleo "estrictamente castrense" que determina el ámbito constitucionalmente legítimo de las competencias de la jurisdicción especial militar. *Pero, el recurso que contemplamos no tiene por objeto la disciplina (que, como tal, se enjuicia en el contencioso ordinario) sino los derechos fundamentales. La disciplina sólo entra en consideración aquí como ocasión que puede dar lugar a las presuntas vulneraciones de tales derechos sin que, en modo alguno, constituya el tema central del procedimiento.*

Por consiguiente, lo que hay que dilucidar es si los derechos fundamentales se atribuyen al militar en tanto militar

o sí, por el contrario, se atribuyen al militar en tanto ciudadano.

En mi opinión, la respuesta a ese problema no ofrece dudas: pese a que el ejercicio de los derechos fundamentales se halla modulado por las diversas posiciones sociales y jurídicas que ocupan los individuos y pese a que, en el caso de los militares, esa modulación pueda ser más fuerte que en otros estamentos profesionales y sociales, lo cierto es que los derechos fundamentales se les atribuyen en cuanto ciudadanos y no en aras de su especialización profesional.

Una jurisdicción especial no puede, constitucionalmente hablando, conocer de un proceso que versa sobre los derechos fundamentales, esto es, de algo que es patrimonio de todos los ciudadanos (y de los aforados sólo en cuanto ciudadanos).”

Como vemos, estas objeciones (de ausencia de una necesaria garantía de independencia e imparcialidad) serían suficientes, a nuestro juicio, y además dada la elevada situación que tienen en nuestro actual Estado de Derecho los Derechos Fundamentales de la Persona, que deben situarse por encima de cualquier otro valor (como la disciplina militar); como para privar a la Jurisdicción Militar, en su configuración actual (en la que no se ha realizado ninguna de las reformas propuestas que la doten de imparcialidad e independencia), de la competencia para conocer de las posibles violaciones de Derechos Fundamentales producidas por la propia Administración Militar de la que aquélla depende directamente en muchos aspectos.

Debemos tener en cuenta que estamos tratando, y más con la reciente “configuración” de los delitos militares de abuso de autoridad y de insulto a superior, en el Código Penal Militar de

2015²⁸⁶, de la posible violación de cualquiera de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna²⁸⁷, sin necesidad que tal afectación a los derechos sea de una mayor o menor entidad.

Y para la protección de esos derechos fundamentales, no sólo debe procurarse la existencia de unos Jueces y Tribunales total y objetivamente imparciales, sino que además para su enjuiciamiento no deben entremezclarse otros valores que no ostentan igual rango constitucional, como pudiera ser el valor disciplina.

En cuanto a la imparcialidad, recordemos que la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, núm. 142/1997 de 15-9-1997²⁸⁸, establece en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero:

SEGUNDO.- ...Pues bien, nadie negará a estas alturas de los tiempos que la imparcialidad sea uno de los atributos de los jueces para procurar que esa su libertad de criterio en que estriba la independencia sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por perjuicios, es decir, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho en lo cual consiste la sujeción al imperio de la ley. En definitiva, es esta una característica exigible del Juez en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) y en el Convenio de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Roma, 1950), cuyos arts. 14 y 8 coinciden textualmente al respecto.

²⁸⁶ Ya hemos hecho alusión a los arts. 42, 43, 47, 48, 49 y 50, de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, por la que se aprueba el vigente Código Penal Militar, en el sentido de que engloban prácticamente cualquier violación de algún derecho fundamental entre militares.

²⁸⁷ No ya sólo la propia privación del derecho a la libertad de cualquier militar que se está enjuiciando en un proceso penal o disciplinario en su contra.

²⁸⁸ Que puede consultarse completa en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3407> (última visita el 21/05/2017).

Pues bien, la imparcialidad del Juez trasciende el límite meramente subjetivo de las partes para erigirse en una auténtica garantía previa del proceso y, por ello, puede poner en juego nada menos que la "auctoritas" o prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa sobre la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia (SS 1 octubre 1982 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -caso Piersack- y 26 octubre 1984 -asunto de Cubber-). Esa fe no es sino el reflejo de la imagen institucional en el pueblo a la cual sirve y, también por ello, "incluso las apariencias pueden revestir importancia" (S 26 octubre 1984 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -caso de Cubber-), en virtud del adagio anglosajón según el cual no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace" (S 17 enero 1970 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -asunto Delcourt-). En definitiva, ha de quedar descalificado como Juez todo aquél de quien pueda dudarse de su imparcialidad, debiendo abstenerse y pudiendo ser recusado (SS 26 octubre 1984 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -asunto de Cubber- y 24 mayo 1989 -Asunto Hauschildt-). Ahora bien, en tal marco genérico, el Tribunal Europeo separa luego dos aspectos de la imparcialidad, a veces interrelacionados pero distinguibles en una contemplación abstracta.

La imparcialidad objetiva, con soporte en una situación, es configurada como ausencia de toda "idea preconcebida" expresión que aparece por primera vez en la S 6 diciembre 1988 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de caso Barbera, Messegué y Jabardo, concepto que comprende las condiciones objetivas de imparcialidad e independencia de los órganos jurisdiccionales".

En suma, el órgano jurisdiccional que analice esa vulneración de Derechos Fundamentales deberá estar revestido de las máximas garantías de independencia e imparcialidad, garantías que incluso

está reconocido por el propio Tribunal Constitucional que²⁸⁹, objetivamente, no pueden predicarse con rotundidad de la Jurisdicción Militar, por su dependencia de la propia Administración Militar, y ello sin que pretendamos atacar la labor que puedan realizar sus concretos miembros, sino simplemente manifestar que por las razones argumentadas, esa Jurisdicción puede no gozar de la fe en la independencia e imparcialidad de sus resoluciones.

Y, pese a las afirmaciones en contrario que, como criterio general de nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia 113/1995 de la que hemos transcrito los votos particulares de dos de sus Magistrados, entiende que la Jurisdicción Militar es Jurisdicción “ordinaria” y que puede tutelar perfectamente la violación de los derechos fundamentales que se produzcan en el ámbito “*estrictamente militar*” al que alude nuestra Constitución, entendemos que deben ser objeto de una profunda revisión y actualización, pues si ya en el año 1995 ponían en duda su independencia e imparcialidad varios de sus magistrados, como hemos visto, esto sería suficiente para reconsiderar la posición de la mayoría de la Sala comprobando que no se han hecho las reformas necesarias para garantizar dicha imparcialidad e independencia pasados más de veinte años.

Pues no olvidemos que esta Sentencia establecía en su Fundamento de Derecho Séptimo, y con referencia a otra Sentencia anterior del propio Tribunal Constitucional que:

“Este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones acerca de la jurisdicción militar. Así, en la STC 60/1991 (fundamento jurídico 3º) afirmábamos que: “El art. 117.5 C.E. ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación

²⁸⁹ Al menos por los Magistrados que formulan los votos particulares citados, en coherencia con la opinión doctrinal que también hemos reflejado.

radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 C.E. impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. El art. 117.5 C.E. no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 C.E".

Pues bien, en la vigente reforma del Código Penal Militar, se recoge que cualquier violación de los derechos fundamentales de un subordinado por un superior (delitos de Abuso de autoridad) o viceversa (delitos de insulto a superior), y por tanto podemos hablar de su libertad sexual, su honor, su intimidad, su dignidad, etc., incluso habiéndose previsto una “cláusula residual” en el Título III del Libro Segundo, bajo la rúbrica de “Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares” cuyos artículos 49 y 50 disponen lo siguiente:

“Artículo 49. El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o

en acto de servicio, *maltratare de obra a otro militar, le tratarse de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o de abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.*

Artículo 50. El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, *impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.*”

En definitiva, se está residenciando en la Jurisdicción militar el enjuiciamiento de conductas, por el solo hecho de producirse entre militares y en establecimientos militares o en acto de servicio militar, y en las que ya ni siquiera tiene como premisa la relación jerárquica de subordinación, pues pueden ser conductas entre militares del mismo grado o empleo, tan graves como agresiones sexuales, atentados contra la dignidad de las personas, su honor, intimidad, etc. En definitiva, la mayoría de los bienes jurídico protegidos que integran los distintos tipos penales del Código Penal no militar.

En otras palabras, se está produciendo, en lugar de mejorar el estatuto personal de los jueces y magistrados militares para garantizar su imparcialidad e independencia, en lo que podemos apreciar que no hemos evolucionado lo suficiente, un retroceso hacia épocas anteriores de “*fueros militares*” que excluya el sometimiento

*de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios. ¿No se está creando con ello, esa hipertrofia de la Jurisdicción militar que proscribía nuestro Tribunal Constitucional en el párrafo antes transcrito y volviendo a épocas anteriores?*²⁹⁰.

Y más en una jurisdicción en la que no sólo se ponen en duda sus garantías de imparcialidad e independencia, sino en la que además el propio Tribunal Constitucional tuvo que anular posteriormente, veintiséis años después de entrar en vigor nuestra Constitución, en la STC Pleno 179/2004, de 21 de octubre²⁹¹, parcialmente los arts. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar (LOCOJM), y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (LOPM), que impedían al militar subordinado ejercer la acusación particular frente al superior que hubiera violado sus derechos fundamentales.

Esta cuestión ya fue planteada en anteriores ocasiones ante el Tribunal Constitucional²⁹², sin que hasta ese momento se permitiera

²⁹⁰ Sobre esta hipertrofia histórica puede verse SORIA SESÉ, L.: “La ordenación jurídica del ejército español decimonónico” en ALVARADO PLANAS, J. y PÉREZ MARCOS, R.M., *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (Siglos XII-XX)*, Madrid, 1996. Polifemo, pág. 267.

²⁹¹ Puede verse su texto completo en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5184> (última visita el 26/05/2017)

²⁹² Esta es una de las cuestiones que también tuvo que plantear precisamente el autor de esta tesis cuando, ya en el año 1993, entendiéndolo violado su derecho fundamental a la Libertad religiosa, desobedeció una orden de permanecer en su puesto en una formación religiosa, y cuando inició el proceso penal contra aquellos que le coaccionaron a permanecer en formación militar, así como los que le iniciaron actuaciones penales y disciplinarias en su contra, planteaba que debía ser objeto de enjuiciamiento ese asunto en la “jurisdicción ordinaria” y no en la jurisdicción militar, donde se le impedía mostrarse como parte en el proceso defendiendo su derecho fundamental. En este procedimiento se dictó un auto de archivo, que puede verse en

ejercitar la acción penal en la Jurisdicción militar contra los “*superiores*” por la existencia de tal relación jerárquica de subordinación y mantenida por el Tribunal Constitucional en base a que ello era “*permisible*” en el ámbito “*estrictamente castrense*”.

En efecto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre, en sus fundamentos de derecho 4º a 7º, se establecía:

“4. ... Es doctrina constante de este Tribunal que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.), como derecho fundamental de todo ciudadano a que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal, invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso, y con un régimen orgánico y procesal que no permita calificarlo de órgano especial o

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=857656&links=libertad%20religiosa%20Y%20virgen%20d'esamparados&optimize=20060330&publicinterface=true> (última visita el 26/05/2017) en el que curiosamente aparece como Magistrado ponente el Excmo. Sr. D. JOSE JIMÉNEZ VILLAREJO, cuando en realidad, precisamente este Magistrado de la Sala 5ª del Tribunal Supremo realizó un VOTO PARTICULAR a favor de la tesis de que debía enjuiciarse tal asunto por la jurisdicción ordinaria y no militar, tal y como defendía el autor de este trabajo, pero ese voto particular no aparece en ningún buscador de jurisprudencia (curiosamente sí aparece reflejado en este de CENDOJ como puede observarse en el enlace siguiente: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> (ROJ: ATS 3031/1994 - ECLI:ES:TS:1994:3031A, última visita el 26/05/2017). Y como hemos reflejado ya en varias ocasiones en este trabajo, finalmente se obtuvo la STC 177/1996 que puede verse completa en http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3229#complete_resolucion&completa (última visita el 26/05/2017) en que se reconoció la violación de su derecho fundamental a la libertad religiosa. Resulta curioso que en esta Sentencia también se trató la conveniencia, precisamente por este motivo de no poder ejercitar la acusación particular, y el Tribunal Constitucional todavía reservó la competencia para enjuiciar el asunto en la Jurisdicción Militar, y resultó desestimado el recurso de amparo por cuanto, pese a reconocer que se había violado el derecho a la libertad religiosa del autor de este trabajo, no podía sustituir el Tribunal Constitucional a los órganos jurisdiccionales penales que consideraron que no existía delito por parte de sus superiores.

excepcional (SSTC 47/1983, 101/1984 y 55/1990, entre otras muchas), puede resultar vulnerado "si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria" (SSTC 75/1982, 4/1990).

La jurisdicción militar que, por mandato constitucional y bajo el principio de unidad de jurisdicción, conoce de un ámbito objetivo diferente del que es propio de los demás órganos integrantes del Poder Judicial (SSTC 60/1991 y 113/1995) no puede extender su cognición más allá del "ámbito estrictamente castrense" a que se refiere el art. 117.5 C.E., por lo que -como se declaró en la STC 111/1984 (fundamento jurídico 3º)- la transgresión de las reglas definidoras de ese orden jurisdiccional, tanto en su formulación como en su indebida aplicación o interpretación, puede, en ocasiones, conducir a una vulneración del derecho al Juez legal que garantiza el art. 24.2 C.E.

5. En el asunto que ahora nos ocupa, alega el actor que la querrela por él promovida contra sus superiores, pese al hecho de haberla presentado simultáneamente ante la jurisdicción ordinaria y la militar, debió tramitarse por la primera, tal como se deduce de las normas legales que determinan sus respectivos ámbitos de competencia, y no - como se hizo- por la jurisdicción militar. A su juicio, la inadecuada interpretación de las normas legales de reparto de competencia entre ambos órdenes jurisdiccionales, vulneró su derecho al Juez predeterminado por la ley, ocasionándole, además, en virtud de las peculiaridades del proceso penal militar, una indefensión constitucionalmente proscrita por el propio art. 24.2 C.E.

Argumenta, en este sentido, que, mientras el Código Penal confiere (en el entonces vigente art. 205.2) una protección específica y singular de la libertad religiosa y de conciencia, en el Código Penal Militar no se tipifica ese injusto, contemplándose otro, mucho más genérico y orientado principalmente a la protección de la disciplina, a saber: el previsto en su art. 103, que castiga, por el delito de abuso de autoridad, al superior que impidiere arbitrariamente al inferior el ejercicio de algún derecho.

Resulta así, que el precepto penal eventualmente aplicable sería, en todo caso, el art. 205.2 C.P., pues, sólo en él se ofrece una tutela penal específica con relación a los hechos denunciados y al bien jurídico penalmente protegido. Pero, por otra parte, al conocerse la causa desde la óptica del art. 103 del Código Penal Militar, aduce el recurrente que se le privó de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, limitándose el Auto que se impugna a declarar la competencia de la jurisdicción militar para conocer del mismo. Finalmente, debió tenerse presente, en esa tarea de deslinde jurisdiccional, que sólo reconociendo la competencia de la jurisdicción ordinaria podía el recurrente personarse como acusación particular y conocer de las distintas actuaciones procesales, toda vez que en el procedimiento penal militar no es posible esa personación cuando el perjudicado y el inculpado sean militares y entre ellos exista una relación de jerarquía, como acontecía en el caso de autos.

6. De este modo, el actor hace sustancialmente suyos, en este proceso de amparo, los argumentos defendidos por el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo en el voto particular que formuló al Auto objeto de este recurso, y en el que se sostiene la competencia de la jurisdicción ordinaria para el enjuiciamiento del asunto.

Frente a esta tesis, en el Auto de referencia se justifica la competencia de la jurisdicción militar, acudiendo a la regla prevista en el art. 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización Jurisdiccional, según la redacción que a este precepto dio la Disposición adicional sexta de la L. O. 2/1989, Procesal Militar, y a la circunstancia de que la doble tipificación de los hechos debe resolverse con arreglo a la misma, interpretada no en el sentido propuesto por el ahora demandante de amparo (es decir, el de la especificidad del tipo penal) sino atendiendo al contexto, estrictamente castrense, en el que acaecieron los hechos denunciados.

La polémica suscitada en torno a esta cuestión, de singular interés jurídico-procesal, no excede, sin embargo, en este caso del ámbito propio de la legalidad ordinaria

careciendo, en consecuencia, de relevancia constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.2 C.E. y que el actor invoca.

En efecto, los hechos denunciados acaecieron en el seno de un acto organizado y convocado por la autoridad militar, entre militares, y por razón de un determinado entendimiento de la disciplina castrense en relación con el ejercicio de un derecho fundamental. Tan es así, que la conducta pretendidamente delictiva reviste formalmente el carácter de orden de la superioridad, con independencia de su licitud o de la intencionalidad de sus autores. La eventual agresión a la libertad religiosa del demandante se produjo en el ejercicio del mando y en un ámbito estrictamente castrense, por lo que, con independencia de cuál sea la correcta interpretación del art. 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización Jurisdiccional en su proyección al caso de autos, no puede descartarse que los hechos denunciados afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas.

Se infiere de todo ello que, en el caso de autos, la declaración de competencia de la jurisdicción militar se fundamentó en una interpretación de la legalidad que no puede considerarse contraria a la esfera de actuación que el art. 117.5 C.E. reserva a esa jurisdicción especial, por lo que, al margen del debate hermenéutico suscitado, no ha existido, en puridad, una vulneración del citado derecho fundamental.

7. Tampoco puede acogerse la queja del actor en relación con la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.2 C.E.). Es cierto que las particularidades de tramitación previstas en la Ley Procesal Militar, cuyo art. 127 en relación con el art. 108.2 de la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, impedían al recurrente su personación en el proceso como consecuencia de la relación jerárquica de subordinación existente entre éste y las personas denunciadas. No obstante, resulta innecesario, a los efectos del presente recurso de amparo, examinar la corrección de esta singular previsión procesal,

porque lo cierto es que la declinatoria de jurisdicción interesada por el actor fue analizada de oficio por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, quien, además, -en contra de lo manifestado por el demandante- entró en el examen del fondo del asunto, analizando si los hechos denunciados eran o no constitutivos de delito. No existió, en consecuencia, una indefensión sustantiva o material, única constitucionalmente relevante desde la perspectiva del art. 24.2 C.E. (SSTC 8/1991 y 367/1993, entre otras muchas)."

Si se traen a colación estos argumentos, sufridos personalmente por el autor de este estudio hace ya más de veinte años, "*mutatis mutandis*" podemos apreciar que se podrían también actualmente utilizar erróneamente para entender que delitos tan graves como agresiones contra la libertad sexual de subordinados que hemos visto están incluidos dentro del vigente código penal militar, deban ser enjuiciados por la Jurisdicción militar cuando en realidad, ésta no reviste las garantías adecuadas de imparcialidad e independencia, y esos bienes jurídicos protegidos, la libertad sexual, la dignidad de las personas, los tratos vejatorios e inhumanos, que ahora, con mayor concreción se recogen en los tipos penales militares que hemos visto, tienen mayor entidad como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico constitucional que el valor "disciplina" que es el que sustenta histórica y básicamente la propia existencia de la jurisdicción militar.

Se está hipertrofiando el ámbito militar que permitía nuestra Constitución para la jurisdicción militar, probablemente con el único propósito de la propia subsistencia de una Jurisdicción militar que, como hemos visto, no es necesaria en absoluto²⁹³, pues los asuntos contencioso-disciplinarios que se tramitan en la misma, podrían ser perfectamente enjuiciados por la jurisdicción contencioso-

²⁹³ Recordemos a estos efectos el artículo de JUANES PECES, A., "La jurisdicción militar. Régimen legal Vigente: especial referencia a la sala Quinta del tribunal supremo: Perspectivas de futuro" (op., cit), con la que empezábamos este apartado de nuestro estudio.

administrativa, y los asuntos penales militares, también por la jurisdicción penal “ordinaria” sin existencia de tribunales militares²⁹⁴.

Consideramos que esta situación no trata más que de “*perpetuar*” una jurisdicción que se ha demostrado que no existe en otros países cuyos Ejércitos siguen manteniendo su operatividad y su disciplina exactamente igual, tanto en situación de “*normalidad constitucional*” como en situación de participación en misiones internacionales de conflictos²⁹⁵, y por tanto, no existe razón alguna

²⁹⁴ Recordemos que según lo dispuesto por los arts. 4 y 12-17 LOCOJM en relación con los arts. 519 a 521 LOPM, el ámbito estrictamente castrense se traduce en que la jurisdicción militar tendrá competencia penal- tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra-, civil y disciplinaria conocimiento de los recursos contenciosos contra sanciones disciplinarias. Específicamente se puede ver en la LOPM que se sustancian dos tipos de procedimientos, los penales por delitos militares (ordinarios del Libro II, (arts. 129 a 383) o especiales del Libro III (arts. 384 a 447), no existiendo en la actualidad faltas penales militares diferentes de las propias sanciones disciplinarias administrativas, y los procedimientos judiciales militares no penales del Libro IV, PARTE PRIMERA esto es, el recurso contencioso-disciplinario militar (arts. 448 a 517) y el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario del art. 518, además del procedimiento civil regulado en el mismo LIBRO IV, PARTE SEGUNDA, para la prevención de los juicios de testamento y ab intestato, que realmente son unas previsiones para prevenir el mantenimiento judicial de los bienes de los militares fallecidos en campaña o en navegación, desplazados, o para prisioneros o desaparecidos. En definitiva, existen sólo dos tipos de procedimientos, penales (para el enjuiciamiento de delitos militares) y contencioso-disciplinarios (para la revisión de la imposición de las sanciones disciplinarias), aunque también se les ha otorgado la facultad de resolver los procedimientos de habeas corpus por privaciones de libertad en el ámbito militar.

²⁹⁵ Tanto el ejército francés como el ejército alemán, o en Austria, se carece en tiempo de paz de jurisdicción militar. Un estudio comparado bastante amplio en este sentido se puede observar en MASIDE MIRANDA, L. “Panorámica de derecho comparado sobre la Organización de la jurisdicción militar”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 1, 1997, pp. 361-370, que puede verse en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1915/AD-1-18.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última visita el 26/05/2017).

ni para seguir manteniendo esta jurisdicción, con serias y razonadas dudas de tener un grado de imparcialidad e independencia, y menos aun incrementando su ámbito de actuación como parece orientar el nuevo Código Penal militar, con una *vis atractiva* hacia lesiones de derechos fundamentales que, aun siendo producidas entre militares (recordemos incluso del mismo empleo sin tomar en consideración ni siquiera la disciplina militar) o en acuartelamientos, buques, aeronaves o instalaciones militares; en absoluto consideramos que deban enjuiciarse en la misma, pues estaríamos volviendo a crear un aforamiento personal de los militares propio de otras épocas históricas que, desde luego, no sería acorde a nuestra constitución ni a los vigentes estados de derecho que precisamente, como norma básica general en el derecho comparado, sustentan la prevalencia de los derechos fundamentales.

Como manifiesta LÓPEZ-LORCA²⁹⁶, “Cuando se defiende la necesidad de mantener una justicia militar específica, distinta de la ordinaria, se recurre a una serie de razonamientos de lo más variado que, sin embargo, el paso del tiempo se ha encargado de cuestionar.”

Y después de analizar, y descartar, los posibles argumentos utilizados para su persistencia²⁹⁷, particularmente rechaza el

²⁹⁶ LÓPEZ-LORCA, B., *Algunas reflexiones para la reforma de la Justicia Militar, op. cit.*, pág.3.

²⁹⁷ Argumentos como la especialidad del Derecho Penal Militar, desde luego muy discutible, como se analiza en ese trabajo y ya hemos indicado también brevemente en éste, la necesidad histórica de “aplicadores especializados” de la propia estructura militar, argumento que también hemos desechado cuando históricamente se ve que muy al contrario, los auditores que inicialmente acompañaban a las tropas eran civiles y no militares, y más en la actualidad como bien indica LÓPEZ-LORCA, cuando los magistrados civiles de la Sala de lo Militar han demostrado que se puede especializar cualquier otro magistrado civil en esta materia, o el consabido, genérico y reiterativo argumento del mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas y la garantía de sus misiones constitucionales, que también hemos descartado en este trabajo, cuando la disciplina se sigue manteniendo en otros países perfectamente sin la existencia de una jurisdicción militar.

argumento de la existencia de la jurisdicción militar unida al mando militar “para mantener la disciplina y preservar la estructura jerárquica” diciendo que es una “presunción altamente cuestionable, fruto de la inercia de muchos siglos de existencia incuestionada de la justicia castrense. Hacer depender la eficacia de las Fuerzas Armadas de la existencia de una justicia propia es establecer un condicionamiento difícilmente explicable- y no demostrado pues la eficacia en el cumplimiento de las misiones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas está sujeta a factores que poco tienen que ver con los jueces y tribunales y mucho con la profesionalización de sus miembros”.

Y por ello adelanta que “La actual configuración de la justicia militar ha dejado- o debido dejar- atrás argumentos como los hasta ahora indicados, los cuales revelan que su existencia o inexistencia aparece ligada a criterios de oportunidad histórico-políticos más que a razones de fondo o materiales. Por ello, la justicia militar ha de ser objeto de una nueva reforma gestada al margen de estos condicionantes tradicionales y guiada únicamente por la necesidad de su plena adecuación a los principios constitucionales aunque el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo declaren que las garantías constitucionales ya se cumplen. En esta línea, se adelanta la posición que otros ya han expuesto más acertadamente y que apoyamos desde este trabajo: la supresión de la jurisdicción militar en tiempos de paz y la transferencia de la competencia, al menos, en materia penal a la jurisdicción ordinaria”.

Y tiene razón cuando argumenta LÓPEZ LORCA que “la Transición española es un claro ejemplo de cómo el contexto histórico puede tener un papel determinante en la configuración de la justicia militar” pues en las discusiones de las Cortes Constituyentes, no llegó a apostarse seriamente por la desaparición definitiva de la jurisdicción castrense a pesar de la estrecha vinculación que durante la dictadura había operado entre dicha jurisdicción y la represión

política de opositores y disidentes, porque en ese momento político se temía que una eventual desestabilización procedente del ejército, que por esos tiempos era objetivo constante de atentados terroristas, arruinara el proyecto de construcción y consolidación de nuestro actual Estado social y democrático de Derecho²⁹⁸.

En un contexto histórico todavía no desligado del periodo preconstitucional, los debates sobre la armonización de la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria fueron –y continúan siendo hoy en la actualidad como vemos, con un intento actual de su perpetuación– duros y complejos. Pero se debe constatar que en aquel momento, la intención del legislador constituyente era la de limitar la competencia de la jurisdicción militar, atribuyéndole únicamente el conocimiento de procesos en los que el bien jurídico protegido fuera militar o entrasen en juego intereses militares y apartándola de forma definitiva de la represión penal y política que se ejerció contra la sociedad civil en el régimen anterior²⁹⁹.

Es por ello que, una vez consolidado plenamente nuestro Estado de Derecho, debemos hacer una seria reflexión sobre la necesidad de subsistencia de esta jurisdicción, no acogiendo simplistas posiciones doctrinales que aducen a su especialidad como único medio de mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y

²⁹⁸ Citando a estos efectos a GIL GARCÍA, O., *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, op.cit. También refleja lo anterior LÓPEZ DE GEA, J. en su tesis doctoral “*Derechos Fundamentales y estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas*”, op.cit, pag. 17, cuando afirma que “la aprobación de una Constitución de consenso en unos momentos en los que el poder militar aún era una amenaza para la democracia, supuso una descomunal restricción de derechos y libertades para el personal militar, sin parangón en el derecho comparado.”

²⁹⁹ Es de resaltar en este sentido DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial* (op.cit.), pág. 53. Y además no debe olvidarse que un aspecto trascendente de la reforma consistió en la desmilitarización de las Fuerzas de Orden Público (particularmente el Cuerpo Nacional de Policía, como un paso más en la concreción y delimitación de las nuevas funciones que el legislador encomienda a las Fuerzas Armadas.”

preservar el mantenimiento de las funciones que tienen encomendadas, lo cual hemos visto que es más que discutible.

Dichas posturas únicamente pretenden para los militares, perpetuar una disciplina basada en el temor al castigo, más que una disciplina basada en el convencimiento, en el liderazgo y en la propia profesionalidad actual de todos sus miembros, lo que, desde luego, será “cómodo” para los mandos, pero se aparta de los propios postulados no sólo de nuestro Estado actual de Derecho, sino de los propios principios regulados actualmente en las mismas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

La actual tendencia incluso a la ampliación del ámbito competencial de la jurisdicción militar con el vigente Código Penal Militar, excediéndose del “*estrictamente castrense*”, definido en la constitución en aquel momento histórico en que se optó por no discutir sobre la propia subsistencia de esta jurisdicción, pero claramente se aludía a su restricción, desde luego es contraria al contexto en que actualmente nos encontramos³⁰⁰.

³⁰⁰ De hecho incluso, algunos autores, escudados en lo indeterminado tanto del ámbito estrictamente castrense como del interés jurídico castrense, proponían la ampliación de la competencia de la jurisdicción militar a los delitos contra la salud pública cuando el lugar de la comisión se ubica en un lugar, establecimiento, buque o aeronave militar. Vid. CORRALES ELIZONDO, A., “Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho penal y judicial militar”, en PÉREZ ESTEBAN, F., *El Derecho Penal y Procesal Militar en la reforma de las normas comunes*, Madrid, 1996. Consejo General del Poder Judicial, pág. 565 y PIGNATELLI MECA, F.: “El Código Penal Militar. Perspectivas de lege ferenda”, en PÉREZ ESTEBAN, F.: *El Derecho Penal y Procesal Militar en la reforma de las normas comunes*, Madrid, 1996, Consejo General del Poder Judicial, págs. 150-153. Todos ellos han sido miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, de la “terna” de militares Generales miembros del Cuerpo Jurídico. Ampliación o hipertrofia de la Jurisdicción militar que se ha conseguido en el vigente Código Penal militar, en el que también se pretendía volver a incluir la eximente de obediencia debida, lo que fue objeto de serias críticas del Consejo de Estado y finalmente se desechó la idea.

5. La Jurisdicción Militar como Jurisdicción especial.-

Ya hemos adelantado en este trabajo que la Jurisdicción Militar es la única Jurisdicción especial prevista constitucionalmente, aunque algunos autores no la han considerado así, sino incluso como una “*jurisdicción administrativa*”³⁰¹, o han considerado a los Tribunales y Jueces militares como Tribunales y jueces “*especiales*” previstos por la Constitución³⁰².

³⁰¹ Así, DE OTTO Y PARDO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, 1ª ed., Madrid, 1989, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, pp. 55-56 en relación con la jurisdicción militar afirma que “en rigor no sería una jurisdicción especial, que requiere también jueces independientes aunque no pertenecientes al poder judicial, sino una jurisdicción administrativa, en la que la función jurisdiccional se encomienda a funcionarios que no son Jueces independientes” y en las págs. 89-90 del mismo trabajo, en alusión al fenómeno de las jurisdicciones especiales, considera próximo al mismo, aquél otro de las jurisdicciones administrativas, en cuanto que ambas persiguen similares fines: con las jurisdicciones especiales se pretende que ciertas cuestiones no escapen al control de la Administración, pero sin que ello suponga una violación frontal del Estado de Derecho, violación frontal que si se produce en el caso de las jurisdicciones administrativas, puesto que el conocimiento de los asuntos se encomienda a órganos no incardinados en la Administración y servidos por jueces que en principio son independientes, pero que resultan sustraídos a los esquemas de la organización general u ordinaria, con merma de las garantías de independencia y de los derechos de los ciudadanos sujetos a la jurisdicción. Continúa afirmando, en la pág. 138: “... si calificamos de jurisdiccionales tan sólo los tribunales integrados por jueces independientes podemos decir que los que no tienen jueces independientes, por ejemplo los de la jurisdicción militar, son tribunales administrativos, esto es, órganos de la propia administración pública, civil o militar, que ejercen jurisdicción, desde la misma situación jurídica que cualquier otro órgano administrativo”.

³⁰² ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, 1999. Comares, pág. 54. vid también ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal. Introducción*, 2ª ed., Valencia, 2003. Punto y Coma, pág. 61; en el mismo sentido MONTERO AROCA, J., *La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial*”, Libro Homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984. Comares, pág. 444.

En realidad, como afirma ESCALADA LÓPEZ³⁰³, “ni los Jueces y Tribunales militares son una “*jurisdicción administrativa*”, pues la Constitución habla de la existencia de una jurisdicción única, que tiene que estar dotada de unas garantías de imparcialidad e independencia que nunca podrían otorgarse a órganos dependientes de la Administración; ni tampoco puede hablarse de Jueces y Tribunales especiales, pues éstos son jueces “*integrados orgánicamente en el poder judicial*”, en el organigrama diseñado previamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial o la propia Constitución³⁰⁴. Además, pueden ser competencialmente especiales, siendo tribunales ordinarios pero a los que se atribuye una competencia especial, dotada de vis restrictiva, fundada en criterios objetivos, territoriales y/o funcionales. “Pero no obstante esa diferenciación, la exigencia común a ambos (tribunales orgánica y competencialmente especiales), siempre que gocen de previsión constitucional, es su pertenencia al “poder” judicial jurisdicción, esto es, que resulten dotados de la necesaria independencia, de lo contrario nos encontraríamos: en el caso de tribunales orgánicamente especiales constitucionalmente no previstos, ante tribunales extraordinarios o de excepción y, en el segundo caso, es decir, en el de tribunales competencialmente especiales, ante tribunales no predeterminados por ley en su competencia”.

Concluyendo que, “por lo que se refiere a la Militar, es claro que se conforma como un conjunto orgánico-subjetivo que, en primer lugar, no pertenece al “Poder” Judicial organización, ni se regula conforme al estatuto común instaurador de un cuerpo único previsto en la LOPJ, aspecto éste que lo parifica con los tribunales

³⁰³ ESCALADA LÓPEZ, M.L. “Algunas reflexiones en torno a la jurisdicción militar”, (op.cit.).

³⁰⁴ Tomando en consideración como Tribunales especiales el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, los Tribunales Consuetudinarios y los Tribunales Supraestatales.

orgánicamente especiales. En segundo lugar, este conjunto de órganos y de jueces está dotado de una competencia especial y restrictiva, y no de la general y atrayente, asemejándose, también en esto, a los tribunales competencialmente especiales. Ahora bien, y en tercer lugar, lo que la diferencia de ambos es (además de la pluralidad orgánica impropia de los tribunales orgánicamente especiales), la no pertenencia de la Militar al “*poder*” judicial jurisdicción, esto es, la ausencia de independencia; de ello se deriva que los militares no son tribunales especiales, ni orgánica ni competencialmente, sino que se configuran como un conjunto de *tribunales extraordinarios o de excepción*, esto es, como una *jurisdicción especial*³⁰⁵.

Además reseña que lo anterior resulta avalado por dos razones. Por un lado, formalmente por cuanto “mientras el art. 117.5 alude a la “jurisdicción militar”, en clara remisión a un conjunto orgánico, los arts. 159.1, 136.1, y 125 CE, se refieren, respectivamente, al “Tribunal” Constitucional, “Tribunal” de Cuentas, y “Tribunales” Consuetudinarios aludiendo, claramente, a órganos singulares”.

Por otro lado, los tribunales orgánicamente especiales constitucionalmente previstos se caracterizan porque, si bien no pertenecen al “poder” judicial organización, ya que no están integrados en la LOPJ, sí pertenecen, en cambio, al “poder” judicial jurisdicción, ya que ostentan potestad jurisdiccional con

³⁰⁵ De jurisdicción especial la califica también AROZAMENA SIERRA, J., “Jueces ordinarios y Constitución”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas en las Jornadas sobre el Poder Judicial, celebradas del 17 al 19 de abril de 1985*, Centro de Estudios Constitucionales nº 45/46, pág. 5. Asimismo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., “El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley” en MARTÍNEZ ARRIETA, A. (dir) *Cuadernos de Derecho Judicial nº 6 dedicado a Jurisdicción y Competencia Penal* Madrid 1996 pág. 41. También, PRIETO-CASTRO, L., *Derecho de Tribunales*, Pamplona, 1986, Aranzadi, pág. 162.

independencia, mientras que la nota común a las jurisdicciones especiales es la ausencia de independencia, nota ésta, por ende, también presente en la jurisdicción militar en cuanto que jurisdicción especial.

GIMENO SENDRA³⁰⁶, en orden a dilucidar la naturaleza jurídica de la jurisdicción militar, contempla dos etapas diferenciadas: la primera de ellas se extiende cronológicamente desde la promulgación de la Constitución, al día 1 de junio de 1986, fecha de entrada en vigor del Código Penal Militar³⁰⁷ y de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas³⁰⁸ y, por otra parte, desde la promulgación de dichas leyes hasta el momento actual.

En la primera fase entiende que la jurisdicción militar se configuraría como “*jurisdicción especial*”, por cuanto los tribunales militares carecían de cualquier independencia y, además, extralimitaban su competencia atendiendo a la presencia de alguno de los tres fueros que la definen (por el objeto del delito o bien jurídico protegido de carácter militar, por la condición militar de sujeto activo o pasivo, y por el lugar de su comisión), en lugar de atender a la acumulativa presencia de todos ellos. Y refiere que como consecuencia de esta situación, el Tribunal Constitucional tuvo que intentar ceñir jurisprudencialmente el ámbito de la jurisdicción militar, y lo hizo entendiendo que todo acto emanado de la

³⁰⁶ GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 4.ª ed. Madrid, 2003. Colex, pp. 63 a 67.

³⁰⁷ Refiriéndose al anterior Código Penal Militar aprobado por LO 13/1985, de 9 de diciembre; BOE. n.º 296, de 11 de diciembre de 1985.

³⁰⁸ Refiriéndose también al primer régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas aprobado con posterioridad a nuestra Constitución por LO 12/1985, de 27 de noviembre, BOE n.º 286, de 29 de noviembre de 1985, que fue posteriormente sustituido por la LO 8/1998, de 2 de diciembre, BOE n.º 289, de 3 de diciembre de 1998 y actualmente por la LO 8/2014, de 4 de diciembre, BOE n.º 294, de 5 de diciembre.

Administración Militar era susceptible de revisión ante los Tribunales contencioso-administrativos.

En la segunda etapa, GIMENO SENDRA, concibe la jurisdicción militar como “*jurisdicción mixta*”³⁰⁹, en cuanto que, tras la promulgación de las Leyes Penal y Disciplinaria, así como la Ley Orgánica sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM), y Ley orgánica Procesal Militar (LOPM), “los tribunales militares aparecen configurados como órganos jurisdiccionales mixtos, situados a mitad de camino entre lo que es una jurisdicción especial y lo que debe ser, con toda su plenitud, un tribunal ordinario, perteneciente, formal y materialmente, al Poder Judicial”. Y ello por cuanto las aludidas reformas legales pretendían restringir su competencia, con una reducción drástica de los delitos militares en el Código Penal Militar a diferencia del anterior Código de Justicia Militar, y potenciar la independencia judicial.

Ahora bien, continúa afirmando GIMENO SENDRA, que es preciso realizar una interpretación de las normas orgánicas de los Tribunales castrenses a los efectos de determinar si cumplen con la totalidad de las notas esenciales de los órganos judiciales ordinarios o, por el contrario, participan de la naturaleza de las jurisdicciones especiales.

A estos efectos, en orden a calificar como especial una jurisdicción considera que se exige la concurrencia de dos caracteres: en primer lugar, la regulación del estatuto de sus miembros por un texto normativo distinto de la LOPJ y, en segundo lugar, su falta de independencia.

³⁰⁹ En el mismo sentido, como una suerte de híbrido entre jurisdicción especial y jurisdicción ordinaria, puede citarse a DE LA OLIVA, A., DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*, 2ª ed. 1ª Reimp., Madrid, 2002, Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 227 y pág. 264. También DE LA OLIVA, A. FERNÁNDEZ, M.A, *Derecho Procesal Civil I*, 4ª ed., Madrid, 1995, Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 49.

En cuanto al primer requisito, es claro que tanto la constitución y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, como el estatuto jurídico de sus miembros no se rige por la LOPJ, sino por la legislación militar, tal y como hemos tenido oportunidad de desarrollar también en este trabajo³¹⁰. Y en cuanto al segundo, afirma GIMENO SENDRA que, “con la sola excepción de la Sala de lo Militar del TS, los demás órganos judiciales militares, si bien gozan de una independencia individual y funcional, no ostentan la necesaria independencia judicial frente al Poder Ejecutivo, para ser configurados plenamente como órganos jurisdiccionales “ordinarios””.

Coincidimos con ESCALADA LOPEZ y con esas conclusiones de GIMENO SENDRA en que la Jurisdicción Militar es una *Jurisdicción especial*, y por tanto *no es una jurisdicción ordinaria*, pues no presenta los caracteres propios de esta última, como hemos tenido ocasión de analizar detalladamente. Su intento de calificación como ordinaria en distintas resoluciones tan sólo ha sido efectuado para intentar solventar los problemas específicos de su propia subsistencia.

Que es una Jurisdicción especial es indiscutible puesto que el art. 117.5 CE, como ya hemos visto, la reconoce como la única jurisdicción especial constitucionalmente posible, en los siguientes términos: “La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el

³¹⁰ Recordemos que aunque la vigente normativa sí establece el nombramiento de los miembros de los Juzgados y Tribunales Militares por el Consejo General del Poder Judicial, a diferencia de lo que acontecía en la época en que GIMENO SENDRA realiza estas afirmaciones, en realidad se tienen que nombrar obligatoriamente entre los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que ostenten determinados empleos, a los que se llega únicamente por criterios selectivos del Ministerio de Defensa, por lo que, en última instancia, es este Ministerio el que selecciona quienes podrán ostentar los empleos necesarios para acceder a esos puestos.

ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.

La legitimación constitucional de la jurisdicción militar radicaría, por tanto, en el cumplimiento de las dos exigencias citadas:

Por un lado, su exclusiva limitación al “*ámbito estrictamente castrense*”, ámbito que se debe definir por la acumulativa o simultánea concurrencia de tres criterios: material (la jurisdicción militar se constriñe al conocimiento de los delitos que atenten a la disciplina militar o bienes jurídicos estrictamente militares), local (se limita exclusivamente a los ilícitos cometidos dentro de los establecimientos, recintos, acuartelamientos, buques y aeronaves militares y en actos de servicio) y subjetivo, se debe extender únicamente a los militares y nunca a los civiles.

Por otro lado, se exige que el ejercicio de tal jurisdicción militar se efectúe “*de acuerdo con los principios de la Constitución*”, en clara remisión a aquellos (principios) que deben estar presentes en los órganos jurisdiccionales y en los jueces y magistrados que los integran para ser merecedores de tal calificación, esto es, a la independencia y sumisión a la ley y al Derecho y, por tanto, a la Constitución en cuanto que Ley de leyes.

Ya hemos planteado que, si bien al principio de nuestra etapa constitucional, se produjo una reducción del ámbito de aplicación del Código Penal Militar, en consonancia con el espíritu del constituyente, podemos apreciar que en la actualidad se está produciendo un retroceso y un intento de ampliación del ámbito competencial de esta jurisdicción que produce una fuerte disfunción, consolidando una jurisdicción especial o tribunales de excepción, figuras que históricamente no han dado más que problemas en el mundo del derecho. La extralimitación competencial de la jurisdicción militar más allá del ámbito estrictamente castrense

conlleva la configuración de la misma como un Tribunal extraordinario o de excepción³¹¹.

A este respecto se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2000 (Sala Primera), de 31 enero, (FJ 2.º), que una extralimitación de la jurisdicción militar más allá del ámbito estrictamente castrense, puede suponer vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley: “Procede recordar al efecto que la jurisdicción militar que, por mandato constitucional y bajo el principio de unidad de jurisdicción, conoce de un ámbito objetivo diferente del que es propio de los demás órganos integrantes del Poder Judicial (SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y 113/1995, de 6 de julio, no puede extender su cognición más allá del ámbito estrictamente castrense a que se refiere el art. 117.5 CE, por lo que, como se declaró en la STC 111/1984, de 28 de noviembre, la transgresión de las reglas definidoras de ese orden jurisdiccional, tanto en su formulación como en su debida aplicación o interpretación puede, en ocasiones, conducir a una vulneración del derecho al Juez legal que garantiza el art. 24.2 CE”).

Por otro lado, señala ESCALADA LÓPEZ en cuanto al segundo aspecto, la existencia de una unidad jurisdiccional y dotada de las características de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión a la ley, que es difícil cohonestar la existencia de la propia jurisdicción militar con el principio de unidad jurisdiccional, pues “si el principio de unidad jurisdiccional se traduce en que únicamente puede serle atribuida potestad jurisdiccional a aquellos órganos y jueces dotados de independencia, es claro que tal jurisdicción, en cuanto que carente de independencia, lesiona el citado principio de unidad de jurisdiccional. Si, por otra parte, y además, tal principio de unidad jurisdiccional resulta

³¹¹ GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed. Madrid, 1999. Colex, pág. 65.

lesionado cuando es creado un tribunal extraordinario o de excepción o un conjunto de ellos, y dichos tribunales extraordinarios o de excepción se caracterizan por su ausencia de independencia, es evidente que la creación de la jurisdicción militar, en cuanto que conjunto orgánico-subjetivo al que se atribuye “pseudopotestad jurisdiccional” sin independencia, supone la presencia de un conjunto de tribunales extraordinarios o de excepción esto es, de una jurisdicción especial, con clara quiebra del principio de unidad jurisdiccional y del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley en su vertiente negativa, referida a la prohibición de crear tribunales de excepción (art. 117.6 CE)”.

En definitiva, señala ESCALADA LOPEZ que “los tribunales extraordinarios o de excepción son aquellos que no han sido creados, o no les ha sido atribuida potestad jurisdiccional por ley, con anterioridad, generalidad y de forma aportadora de independencia, siendo suficiente la presencia de alguna de estas notas para ser merecedores de tal calificativo. A este respecto cabe afirmar, que los tribunales militares, al ser creados y venirles atribuida potestad jurisdiccional de forma que no queda garantizada su independencia orgánica y, sobre todo, subjetiva, son -ya apriorísticamente- tribunales extraordinarios o de excepción, y ello con independencia de su potencial y ulterior extralimitación competencial. De ello se deriva que, por su propia conformación, los militares son tribunales extraordinarios o de excepción, porque su creación y atribución jurisdiccional de forma privativa de independencia significa quiebra de los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional, dado que la potestad jurisdiccional se atribuye única y exclusivamente a los órganos y jueces dotados de independencia y los militares carecen de ella En atención a todo ello, se concluye que las extralimitaciones de la militar no son ulteriores extralimitaciones competenciales, sino previas extralimitaciones jurisdiccionales”.

Y sobre estos planteamientos, y ante la existencia plural de Juzgados y Tribunales militares, calificados previamente como

Juzgados o Tribunales de excepción, e integrados orgánica y sistemáticamente de forma competencial, jerárquica y territorialmente, llega a la conclusión ESCALADA LÓPEZ de que se debe concebir como Jurisdicción especial o de excepción. Y más tras el análisis del nombramiento de los miembros de esos órganos jurisdiccionales militares que realiza a continuación, y que ya hemos realizado en este trabajo, que demuestra que siempre existe dependencia del Ministerio de Defensa, tanto en materia de su estatuto profesional, ascensos, destinos, situaciones, etc, como en materia de retribuciones, régimen disciplinario por su empleo militar, etc.

6. Subsistencia de la jurisdicción militar y alternativas posibles.-

Como ya hemos aludido previamente, todas estas reflexiones, que ponen en duda la independencia e imparcialidad de la Jurisdicción Militar, ponen de manifiesto la innecesariedad, en el momento actual de su existencia. En este sentido, se han alzado voces que defienden la innecesariedad de su vigencia en tiempos de paz, máxime cuando, países evolucionados y próximos a nuestro entorno cultural como hemos visto que ocurre con Alemania, Austria o Francia, entre otros, se han decantado por su supresión siendo, por tanto, los propios órganos de la jurisdicción ordinaria los encargados de aplicar la legislación militar.

De ahí que se ponga de relieve lo adecuado de secundar esta tendencia y, consecuentemente, se cuestione la pertinencia de su continuidad, máxime, cuando es conocida y contrastada la tendencia histórica, que incluso podemos apreciar con las últimas

modificaciones legislativas³¹², a las constantes extralimitaciones de la jurisdicción militar en el ejercicio de sus funciones³¹³.

Se ha intentado mantener la Jurisdicción Militar con esfuerzos legales y jurisprudenciales encaminados a defender su integración “parcialmente” en la ordinaria, estableciendo formalmente el nombramiento de sus miembros por el Consejo General del Poder Judicial, pero si de verdad se quiere conseguir una imparcialidad e independencia de esta Jurisdicción Militar, se debe evitar total y absolutamente su dependencia del Ministerio de Defensa, de forma que los Jueces y miembros de los Tribunales Militares carezcan de cualquier empleo militar y carezcan de cualquier vínculo con el Ministerio de Defensa.

El sistema actualmente configurado de la Jurisdicción Militar, como hemos visto, adolece de múltiples fisuras que perjudican la imparcialidad, independencia e inamovilidad de sus miembros, por ello sólo vemos dos posibles soluciones al problema.

La primera, hacer desaparecer la Jurisdicción Militar, que, como hemos analizado, su existencia es posible porque la Constitución, en un momento socio-político determinado que no es el actual, permitió su subsistencia, pero no establece la necesidad de su persistencia, y por tanto, será el legislador el que pueda optar por su continuidad o no. En el estado actual de nuestra configuración del

³¹² Ya sea con la ampliación del ámbito competencial de los “delitos militares” del vigente Código Penal Militar, o incluso con el propio hecho del mantenimiento innecesario de la Guardia Civil bajo la perspectiva de su sometimiento a esta jurisdicción por una “naturaleza militar” que también consideramos innecesaria.

³¹³ En éste sentido afirma De Otto que “una de las notas más características de la historia de la Justicia de España y uno de los factores que más han contribuido a la diversificación de órganos jurisdiccionales es la extraordinaria extensión de la Jurisdicción militar, competente para tareas de represión política o de mantenimiento del orden público que en otros países se encomiendan a los tribunales ordinarios”, en DE OTTO PARDO, I. “*Estudios sobre el Poder Judicial*” (op.cit), págs. 141 y 142.

Poder Judicial, no sería nada difícil, si se considera necesario, dotar a determinados jueces del orden penal, o del orden contencioso-administrativo, de la formación adecuada para sustanciar causas en materia penal militar o en materia disciplinaria, pues no es tan compleja tal “*especialidad*” si nos atenemos a la propia complejidad que presenta en la actualidad cualquier rama del derecho que vienen atendiendo esos jueces “*ordinarios*”.

De hecho, para ser miembro del Cuerpo Jurídico Militar, para ser Teniente Auditor, en la actualidad simplemente se exige tener el grado o licenciatura en Derecho y recibir un curso de un año de formación militar³¹⁴.

O bien, si se quiere mantener el actual sistema, dotar a la Jurisdicción Militar de las debidas garantías de imparcialidad, independencia e inamovilidad, y la única forma que se nos ocurre para ello es la de la desaparición de los empleos militares en el caso del ejercicio de la función jurisdiccional, así como la dependencia directa no sólo en el nombramiento de los Jueces y miembros de los Tribunales, sino también en materias administrativas, disciplinarias, retributivas, inspecciones, etc., del Consejo General del Poder Judicial. Podríamos en este sentido residenciar en el Consejo General del Poder Judicial directamente la selección (objetiva) de los

³¹⁴ El plan de estudios y el período de formación se puede apreciar en el siguiente enlace:

<http://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/subdef/digerem/plan-estudios-Oficiales-CJM.pdf> (última visita el 26/05/2017) y en él se puede apreciar, como decimos, que incluso dentro del período de formación de un año, en realidad, de formación específica en la escuela de estudios jurídicos militar es de siete meses, incluyendo los planes de estudios multitud de asignaturas que, en realidad, podrían obviarse para una formación de especialización de un juez penal o de lo contencioso-administrativo. Máxime cuando, como se puede observar, no sólo se estudia el derecho disciplinario y penal militar, sino también materias de contratación administrativa, idiomas, etc., propios de otros cometidos de asesoramiento al mando, más que de ejercicio de funciones jurisdiccionales.

miembros del Cuerpo Jurídico Militar que deseen integrarse en la “carrera judicial” en esta jurisdicción, de forma que pasaran a la situación de “servicios especiales”³¹⁵, cesando su dependencia de las leyes penales y disciplinarias militares, y del régimen general militar.

De esta manera, pasaría de ser una Jurisdicción especial a una auténtica jurisdicción ordinaria “especializada”, o si se quiere, un orden jurisdiccional específico³¹⁶.

No obstante, optamos por la primera opción, por cuanto consideramos en realidad que cualquier juez del orden penal, podría analizar convenientemente los delitos militares, y cualquier juez de lo contencioso-administrativo,³¹⁷ los contencioso-disciplinarios en revisión de las sanciones disciplinarias militares, pues nuestra larga experiencia profesional en este campo nos ha demostrado que se trata de asuntos muy simples los que se ventilan en esta jurisdicción.

³¹⁵ La situación de “servicios especiales” se encuentra en la actualidad regulada en el art. 109 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en el que podemos apreciar que, entre otras, se pasa a esta situación precisamente cuando se prestan servicios en el Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas (apartado f)), en el Tribunal Supremo o en otros órganos jurisdiccionales”, con lo que ya tendríamos la habilitación legal para obtener la solución que aquí proponemos, y además, teniendo en cuenta que según el apartado 5 de este artículo, se deja de estar sometido al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

³¹⁶ Ya en la II República se pretendió excluir a la militar como jurisdicción privilegiada y excepcional, abogando por su reducción a una especialidad jurisdiccional. En este sentido PEDRAZ PENALVA, E., “La Administración de Justicia durante la Guerra Civil en la España Nacional, Justicia en guerra” en *Jornadas sobre la administración de justicia durante la Guerra Civil Española : instituciones y fuentes documentales: organizadas por el Archivo Histórico Nacional, sección "Guerra Civil". Salamanca, del 26 al 28 de nov. 1987*, Madrid, 1990, pp. 317-372.

³¹⁷ Partidarios de esta opción es, como hemos dicho anteriormente, DÍEZ-PICAZO, I, DE LA OLIVA SANTOS, A. Y VEGAS TORRES, J, *Derecho Procesal. Introducción*, (op.cit), pág. 264”. También ESCALADA LÓPEZ, M.L. “*Algunas reflexiones en torno a la jurisdicción militar*”, (op. cit.) pp. 30 y 31.

Así, para su comprobación sólo hay que buscar en cualquier repertorio de Jurisprudencia las resoluciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, donde se llega como última instancia tanto en asuntos penales como contencioso-disciplinarios, y podrá apreciarse que no sólo la mayoría de los asuntos son disciplinarios, no penales, y los penales, son en su práctica mayoría por abusos de autoridad o insubordinaciones; contra la eficacia del servicio (simples imprudencias con resultado de lesiones o daños); contra la hacienda en el ámbito militar (simples defraudaciones o apropiaciones, con la única especificidad de ser fondos o materiales o enseres del Ministerio de Defensa) o “abandonos de servicio o destinos”³¹⁸.

³¹⁸ En este sentido, ya hemos indicado que JUANES PECES, A. “La jurisdicción militar. Régimen legal Vigente: especial referencia a la sala Quinta del tribunal supremo: Perspectivas de futuro”, *op. Cit*, Pags. 28 y 29, cifraba en más del 95% del volumen de asuntos tramitados en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo como de materia disciplinaria, y menos del 5% en materia penal, y éstos sin complicación.

C. Ausencia de publicidad de las resoluciones judiciales de los órganos de la Jurisdicción militar, aplicación de criterios de seguridad nacional demasiado amplios para limitar o restringir la publicidad de actos y resoluciones de Autoridades y órganos de la Administración Militar, y excesiva regulación por órdenes internas, Instrucciones y circulares de la normativa militar.

Lo anterior ya debe llevarnos a comprender la dimensión del problema de que no sólo se están utilizando, para recortar derechos fundamentales de los militares, unos criterios genéricos de disciplina, obediencia debida, o especiales misiones de las Fuerzas Armadas, sin atender a una auténtica valoración de su necesidad y juicio de proporcionalidad en el recorte de dichos derechos, sino también en atención a que se está utilizando una normativa disciplinaria y penal represiva, que viola derechos fundamentales como la libertad, entre otros, bajo el “paraguas” de un “aforamiento” en una jurisdicción especial totalmente dependiente del mando, y por tanto, que no reviste las garantías de imparcialidad e independencia que tiene que tener una Jurisdicción ordinaria, o el propio Poder Judicial.

A ello, hay que añadir, además, que la práctica mayoría de las resoluciones de esa Jurisdicción especial³¹⁹, con la única excepción

³¹⁹ Con la excepción de las resoluciones de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que pueden obtenerse en la página oficial del Poder Judicial Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en esta página oficial y prácticamente en ningún buscador de jurisprudencia, ni siquiera publicaciones privadas, se

de las Sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, tampoco se dotaban de la publicidad necesaria para su control, al menos, público, jurídico y político.

No debemos olvidar que la propia Constitución, en su art. 120, establece que las actuaciones judiciales serán públicas, precisamente para garantizar la transparencia de las mismas, lo que no se producía, como vemos, en la Jurisdicción Militar. En otras palabras, seguimos con un “ostracismo” evidente en esta materia, propio de otras épocas, que se pretende mantener de forma totalmente injustificada.

Pero es que el problema se convierte todavía más grave cuando podemos también comprobar y lo desarrollaremos oportunamente con posterioridad, que existe una excesiva “*deslegalización*” de la regulación de los diversos aspectos de la “*vida militar*”, puesto que la mayor parte de las obligaciones

contenían las Sentencias del Tribunal Militar Central ni de los Tribunales Militares Territoriales. La única página oficial que se abrió en el año 2016 para dar cumplimiento a lo establecido en la DA 2ª de la LO 14/2015, de 14 de octubre (vigente Código Penal Militar) que establecía por primera vez que “Los autos y sentencias dictados por los órganos judiciales militares, unipersonales y colegiados, serán públicos, siguiendo el mismo sistema de publicación que el resto de resoluciones judiciales” y estableciendo un mandato al Gobierno para garantizar esta publicidad, se encuentra en <http://www.jurisdiccionmilitar.es/servicios/jurisprudencia/> y en ella durante el año 2017 (visita del 24/05/2017) se presentaban unas pocas sentencias de los anteriores dos años. En la actualidad (última visita el 14/02/2018), se remite directamente al CENDOJ, donde recientemente (finales año 2017) se han incorporado algunas Sentencias de estos órganos jurisdiccionales, a partir de los años 2003 y 2004. De la página de “jurisdicción Militar” antes citada es interesante sacar de sus estadísticas publicadas (en la sección temas y estadísticas judiciales), que en el año 2017 estaban tramitándose en los SEIS Tribunales Militares (5 Territoriales y 1 Central) un total de 1164 asuntos (tanto penales como contencioso-disciplinarios). Si nos atenemos a cualquier Tribunal de la jurisdicción ordinaria, probablemente con uno o dos Tribunales ventilaríamos el mismo número de asuntos (de ahí que apostemos por la desaparición de esta jurisdicción).

militares –no las manifestaciones genéricas o declaraciones de principios de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, o de la Ley de Derechos y Deberes del personal de las Fuerzas Armadas, sino las específicas y realmente prácticas– son reguladas por Instrucciones, Circulares, u Órdenes de Servicio dictadas por Autoridades militares de todo tipo.

Tal circunstancia, unida a la falta de publicidad de tales normas³²⁰, provoca una imposibilidad de su control real y efectivo por parte de los tribunales de justicia, como ocurre con cualquier otra disposición general. No sólo porque no existe una “*jurisdicción militar*” que tenga por competencia el enjuiciamiento de tales disposiciones normativas –pues la jurisdicción militar tan sólo es penal y contencioso-disciplinaria, no contencioso-administrativa–, sino porque difícilmente una norma estrictamente militar y no dotada de publicidad, entrará al enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como ya avanzábamos en este trabajo, también la Constitución estableció como regla general, al regular en su Título IV el ejercicio del “Gobierno y la Administración”, < y la Administración Militar pertenece a la Administración, conforme establece el art. 96.1 C.E.>, en su art. 105.b) C.E. que la ley regulará: “b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Este acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos es una garantía de que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, conforme prescribe el art. 103 C.E. en su apartado 1º.

³²⁰ La mayoría de ellas tan sólo se publican en la “intranet” militar.

Y sucesivamente se ha producido una reiteración de ese mandato constitucional en las distintas leyes de procedimiento administrativo común, tanto en la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su art. 35.h) como derecho de los ciudadanos en general, y en el art. 37 específicamente desarrollando tal derecho, exceptuándolo, conforme al mandato constitucional, en relación a los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, además de otras restricciones obvias por razones de protección de la intimidad de las personas u otros motivos razonables.

En la actualidad, esta norma ha sido sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo art. 53.1.a) en consonancia con la ley anterior, establece que los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho a acceder obtener copia de los documentos contenidos en dicho procedimiento, y además, conforme al art. 13, en relación a los derechos que ostentan los ciudadanos en general en sus relaciones con las Administraciones Públicas, recoge en su apartado d) el derecho “Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y el resto del ordenamiento jurídico”.

Esta ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, como indica en su preámbulo y en su artículo primero, tiene un triple objetivo, incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública, reconocer y garantizar el acceso a la información pública, y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, con las consiguientes consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su incumplimiento.

El eje central de la ley no es otro que el acceso a la información pública, entendiendo por tal (art. 13) “los contenidos o documentos cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en

poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

Así, el concepto de información pública es totalmente amplio, buscando que el ciudadano pueda acceder a la totalidad de los documentos de la Administración, garantizando así que esta no pueda obrar “clandestinamente”, con la finalidad de poder fiscalizarse así por el ciudadano su actuación.

Y los motivos por los que podrá ser restringido este derecho, se relatan en los arts. 14 y 15. El art. 14.1 establece que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

- a) La seguridad nacional.
- b) La defensa.
- c) Las relaciones exteriores.
- d) La seguridad pública.
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.
- h) Los intereses económicos y comerciales.
- i) La política económica y monetaria.
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.
- l) La protección del medio ambiente.

Pero en su apartado 2, establece que “La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto,

especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”, además exigiendo su apartado 3º que las resoluciones por las que se deniegue el acceso serán objeto de publicidad.

Y por su parte, el art. 15 se refiere a las informaciones y documentos que tengan datos especialmente protegidos conforme a la LO 15/1999 de Protección de datos de carácter personal.

Las anteriores normas exponen con claridad una necesidad, para el control de la Administración Pública, de la transparencia y acceso a los archivos.

Pues bien, veremos como la Administración militar, como venimos manifestando, rompe absolutamente con todo lo anterior, de forma injustificada.

Pongamos ejemplos. Para el ascenso de los militares de carrera, como veíamos para los jueces militares, se realiza, a excepción de los primeros empleos de cada escala, que son por antigüedad, un proceso de “clasificación” para los siguientes empleos, y un proceso “selectivo” para los más altos de cada Escala.

En efecto, así se puede comprobar en el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. Por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal militar³²¹, disponiéndose en su art. 15 que el ascenso a los empleos de Sargento 1º y Capitán (los primeros ascensos que se obtienen a partir de la adquisición de la condición de militar de

³²¹ Este Reglamento se puede consultar en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-2508> (última visita el 29/05/2017).

carrera, en la Escala de Suboficiales y de Oficiales, respectivamente³²²) serán por antigüedad, esto es, por el orden que se hubiera adquirido la condición de militar de carrera, tras la superación del plan de estudios correspondiente para el acceso a la carrera militar, en el correspondiente centro de formación militar. Sin embargo, los siguientes ascensos (a Comandante y Teniente Coronel, en el caso de los Oficiales, y a Brigada y Subteniente, en el caso de los Suboficiales) se producen por “clasificación”, y los ascensos a los empleos inmediatamente superiores (Coronel para los Oficiales, y Suboficial Mayor para los Suboficiales) son por “elección”.

El art. 23.1 determina que “Las evaluaciones para el ascenso por el sistema de elección tienen por objeto determinar las condiciones de prelación e idoneidad de todos los evaluados en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los destinos del empleo superior.” Y el art. 24.1 establece que “Las evaluaciones para el ascenso por el sistema de clasificación tienen por finalidades determinar la aptitud o, motivándola, la no aptitud de los evaluados para el ascenso y, entre los aptos, establecer su orden de clasificación. Para ello se analizarán las condiciones de prelación e idoneidad en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los destinos del empleo superior.”

Una atenta lectura a este Real Decreto nos muestra que en absoluto se definen de forma objetiva las condiciones para “elegir” o “clasificar” a los evaluados, sino que tan sólo se manifiesta la composición de las Juntas de Evaluación y sus normas de funcionamiento. Y su Disposición Transitoria Primera se refiere que

³²² Los empleos de cada Escala se pueden apreciar en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, en su art. 21, que puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-19880> (última visita el 29/05/2017).

las normas para la evaluación serán las establecidas en distintas órdenes Ministeriales, que establecen los denominados IPEC,s (Informes Personales de Evaluación y Calificación).

Pues bien, iniciando una búsqueda de las mismas, en principio, la “colección legislativa” más actualizada que nos aparece en el ámbito de normativa del Ministerio de Defensa, a fecha de 17 de mayo de 2017, no contiene ninguna de las órdenes citadas, ni ninguna otra que pudiera haberla sustituido³²³.

Si buscamos la primera orden ministerial que nos aparece en el decreto, esto es, la Orden Ministerial 74/1993, de 8 de julio, por la que se establece el modelo de informe personal de calificación para el personal militar profesional, no la encontraremos, entre otras razones porque fue derogada por la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, que la encontraremos en enlaces no oficiales de las asociaciones profesionales de militares, entre otras cosas, porque únicamente fue publicada en el Boletín Oficial de Defensa, que únicamente se tiene acceso al mismo por la intranet de Defensa.

Y más dificultad todavía hay que añadir para encontrar la posterior Instrucción Técnica (IT) 3/2010, de diciembre del año 2010, dictada por el Estado Mayor del Ejército de Tierra donde verdaderamente se dan instrucciones para la “confección” de estos IPEC,s, de forma extensa y detallada, significándose que además, existen “circulares” por ejemplo, para realizar IPEC,s extraordinarios en caso de que a algún militar se le haya detectado en analíticas, consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, en cuyo caso se dice específicamente que se le confeccionará un IPEC negativo en determinados aspectos.

³²³ Se puede obtener esta colección en el siguiente enlace: https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=002_Codigo_de_leyes_administrativas_de_la_Defensa&modo=2 (última visita el 29/05/2017).

Y precisamente esa Orden Ministerial 55/2010 fue recurrida por la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME) dictándose finalmente por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo Tribunal Supremo, Sección 7ª, Sentencia el 15 de Octubre de 2014, en el Rec. 3040/2013, que, si bien, admitió que la misma era acorde a derecho, por presentar unos criterios objetivos y abstractos a evaluar, precisó que *“Es en la individual valoración que plasme cada IPEC donde deberá cumplirse debidamente con el mandato de objetividad, que tendrá lugar cuando ese IPC motive la puntuación aplicada a cada concepto mediante la consignación de estos elementos: (a) los criterios que el órgano calificador haya establecido para diferenciar en cada uno de esos conceptos sus distintos tramos de puntuación; y (b) la expresión de los datos objetivos constatados en la persona valorada en cada concepto como soporte de la concreta puntuación otorgada. Y el afectado podrá combatir el IPEC cuando este carezca de la motivación que le es exigible para demostrar que la valoración que contiene responde a esa pauta de objetividad que le es inexcusable.”*

Esperemos que esto sea un “cambio de criterio”, puesto que previamente tanto la Audiencia Nacional como los distintos Tribunales Superiores de Justicia venían manifestando que los IPEC,s no podían impugnarse, por cuanto no son auténticas “resoluciones administrativas”³²⁴. Pero es más, lo más significativo

³²⁴ Así se expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 5ª, de 12 de febrero de 2014, recaída en el recurso 414/2011, en su fundamento de derecho tercero nos recuerda que “La consideración de los informes personales como actos administrativos de trámite del procedimiento de evaluación, ha sido reiteradamente declarado por la Sala en sus sentencias de 15 de noviembre de 2006 (Recurso nº 5/2005), 22 de abril de 2009 (Recurso nº 5/2008), 4 de noviembre de 2009 (recurso 412/2008), 16 de marzo de 2011 (Recurso nº 782/2009), 9 de enero de 2013 (recurso nº 548/2010) y 6 de marzo de 2013 (Recurso nº 686/2011).”, desestimando el recurso que solicitaba una anulación de unos IPEC,s precisamente por irregularidades formales y por ausencia de determinación de los criterios y hechos que se habían tomado en consideración para su redacción, porque “Como se concluye en las Sentencias precedentes, acreditado el carácter de acto de trámite del informe personal de

es que ni siquiera se dejaba a los interesados fotocopiarlos para poder efectuar alegaciones o recursos en relación a los mismos.

En efecto, en cuestiones tan importantes en la carrera militar como los ascensos, o en la propia continuidad en las Fuerzas Armadas, en las renovaciones de compromiso de los militares de empleo, que dependen precisamente de estos IPEC,s, no se les deja fotocopiar los mismos para hacerlos llegar a sus abogados defensores, en el correspondiente trámite de audiencia en relación a dicha renovación. Así se establece expresamente en el escrito de fecha 17 de noviembre de 2008, firmado por el General Auditor de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército, bajo el Asunto: “entrega de documentos a interesados en procedimientos” y que reza:

“Se eleva consulta a esta Asesoría Jurídica acerca de los criterios a seguir en aquellos supuestos en los que los interesados en un expediente de renovación de compromiso solicitan, al amparo de lo dispuesto en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, copia de los documentos incorporados al expediente, entre los que se encuentran los IPEC,s de carácter confidencial. (...) En el supuesto de la consulta, los IPEC,s de los interesados son documentos que, por acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, tienen otorgado con carácter genérico la clasificación de reservado, al amparo de lo establecido en la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, respecto de los que el artículo 79.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, autoriza su uso confidencial por tratarse de documentación integrada en el historial militar...” Y por ello se concluye que “de acuerdo con lo expuesto, el tratamiento de los IPEC,s incorporados a un procedimiento administrativo no puede asimilarse al de otros documentos que, sin requerir una

calificación carecen de virtualidad jurídica las alegaciones relativas a su incorrección, que no pueden ahora ser examinadas, siendo conforme a Derecho la inadmisión declarada en la resolución administrativa impugnada”.

especial protección, obran en el mismo.” Y por ello y en aras al derecho de defensa, se manifiesta que debe darse al interesado “vista” de ese IPEC, pero no podrá obtener copia del mismo, “con objeto de impedir la difusión que su carácter confidencial proscribe”³²⁵.

Vamos, que se otorga un carácter confidencial a un documento del propio historial del concreto militar, y no se le deja fotocopiarlo, incumpliendo total y absolutamente el principio claro de transparencia de la Administración contenido en nuestra Constitución, el cual sólo podrá limitarse por razones de seguridad o defensa nacional o por afectar a la intimidad de otras personas (nunca del afectado)³²⁶.

³²⁵ Más anecdótica es la resolución recibida el pasado 27-12-2016, también de la Asesoría Jurídica General, en este caso de la Subsecretaría de Defensa, en otro supuesto en el que profesionalmente el autor de este trabajo solicitaba documentación de un militar, en nombre del mismo, necesaria para comprobar si tenía derecho a una pensión de jubilación, y entre la que se encontraba un expediente disciplinario por el que había sido separado del servicio en el año 2000. Pues bien, se accede a entregar la documentación solicitada con la “excepción” de ese expediente disciplinario, del que únicamente se entrega la resolución al mismo, en base a que “las limitaciones para acceder a la información pública previstas en el art. 14 de la Ley de Transparencia, particularmente la seguridad nacional y la defensa, ocasionan que al interesado no se le pueda hacer entrega de la totalidad de la documentación contenida en el expediente gubernativo que se le instruyó, al tratarse de materia reservada, siendo justificada y proporcionada esta restricción atendiendo, en cualquier caso, al interés público o general, el cual prima sobre el particular.”.

³²⁶ Y cuestiones también tan importantes como los Expedientes de Evaluación de las Condiciones Psicofísicas o Condiciones Profesionales –cuya pérdida, si nos atenemos al Reglamento de Evaluación, puede suponer el pase a retirado, o una aptitud con limitaciones para ocupar determinados destinos–, también son reguladas por la IT 20/10, que tampoco es accesible para el personal en general. Por la IT 3/2015 se regulan los Tests Generales de Condiciones Físicas (TGCF,s), que también son necesarios en los procedimientos de evaluación. Por IT de 29 de mayo de 2007 se regula el “seguimiento de bajas temporales por causas médicas”, la IT 8/2010 sobre modo de actuar cuando se presentan limitaciones médicas que no sean motivo para baja laboral, así como también por la Instrucción 1/2013 (esta al menos publicada en el BOD por intranet) en la que se otorga al Jefe de la Unidad la potestad para decidir si autoriza la baja laboral o no (todo lo que afecta

Y todo ello nos lleva todavía más a considerar que en absoluto estas restricciones de derechos y discriminaciones están justificadas, sino al revés, incrementadas y fomentadas por el “ocultismo” con el que habitualmente se desenvuelven los militares en sus relaciones laborales, tal y como venimos desarrollando en este trabajo, lo que debe ser modificado necesariamente para garantizar, con carácter general, la transparencia necesaria y el respeto a los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas.

en gran medida a la salud e integridad de los militares, por cuanto un Jefe de Unidad puede no autorizar una baja laboral firmada por un médico, y por la jurisdicción militar, se entenderá que ha abandonado su destino, y por tanto cometido un delito militar), o la IT 19/2014 sobre conciliación de la vida familiar y laboral en el Ejército de Tierra, todo ello son una muestra de cómo en realidad, los aspectos más importantes de la vida militar, se encuentran en realidad regulados por Instrucciones internas que carecen de publicidad adecuada, y donde se encuentran auténticas desigualdades, como en la Instrucción Técnica 2/ 2011 de la Inspección General de Sanidad, relativa a evaluaciones psicológicas y reconocimientos psiquiátrico-periciales de la Sanidad Militar, en los que se impone y sólo para el personal de tropa, como “exploración complementaria necesaria” una analítica de tóxicos en orina, o incluso en el mismo sentido, se ha podido apreciar por el autor de esta tesis que la normativa del plan de prevención de drogas de una Unidad establecía que el personal de tropa, y sólo el de tropa, debía bajarse los pantalones y la ropa interior hasta los tobillos para efectuar la analítica de orina.

IV. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DEL RESPETO AL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS.-

Como señala PARADA VÁZQUEZ³²⁷: “Efectivamente, la Constitución de 1978 ha impuesto profundas excepciones al régimen de derechos y libertades de los militares. Para empezar, el derecho castrense se hace presente en la regulación del derecho a la vida (art. 15), pues la abolición de la pena de muerte se dispensa en función de lo que las leyes penales militares dispongan para tiempos de guerra; también, en el artículo 25.3, que, a contrario, permite las sanciones de pérdida de libertad impuestas por la Administración militar: “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad”. Se está, pues, admitiendo la constitucionalidad de los arrestos militares. Otra perla del mismo carácter es el artículo 26, que prohíbe los tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales, con lo que se salvó la constitucionalidad de los tribunales de honor militares. El artículo 28 permite, en fin, como se ha hecho, exceptuar el derecho de sindicación de las Fuerzas Armadas, y el 29 restringe el derecho de petición para los militares, “que sólo podrán ejercer este derecho individualmente y con arreglo a lo dispuesto en la legislación específica”.

Como podemos apreciar, en esta pequeña introducción, se hace un repaso a distintas limitaciones o incluso restricciones que, a

³²⁷ PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Toque de silencio por la Justicia Militar” op. Cit. Pág. 33.

priori, se establecen constitucionalmente como posibles en relación a los derechos de los militares en España. Sin embargo, debemos resaltar, ya en primera instancia, que la Constitución no impone esas limitaciones, sino que las deja en manos del legislador a la hora de su adopción o no³²⁸.

En otras palabras, con base en la doctrina general que venimos aquí sosteniendo, habrá que analizar en cada caso concreto si es justificado o razonable, necesario, idóneo y proporcional establecer esas limitaciones “*posibles*” de estos derechos y libertades, con base en la protección de otros bienes jurídicos que se puedan considerar como prevalentes.

Y para este análisis, hay que partir del hecho de que, como reiteradamente hemos venido manifestando, cuando el legislador constituyente estableció tales limitaciones estábamos en un momento socio-político muy diferente al que nos encontramos en la actualidad.

En otras palabras, han pasado ya cuarenta años desde que se aprobó la Constitución y es obligatorio preguntarnos si la finalidad de algunas de estas restricciones sigue teniendo una justificación tan potente y necesaria como para considerarla proporcionada a la intromisión que supone en los derechos fundamentales de los militares, y si esas limitaciones favorecen su relación natural con una sociedad democrática.

La evolución y la consolidación del ordenamiento democrático, así como la propia percepción social sobre la eliminación del peligro de una intervención militar directa en la

³²⁸ Precisamente en la actualidad, que se está desarrollando una comisión para el estudio de una posible reforma constitucional, con la finalidad de adaptarla a la realidad social de nuestros tiempos en algunos aspectos, sería conveniente abordar la modificación de estos aspectos relativos al ámbito militar.

política nacional, junto con la educación en el ordenamiento constitucional recibida en las últimas generaciones de oficiales y suboficiales; así como la consolidación de un ejército ya por entero profesional, son elementos que hacen que se haya venido produciendo una lenta, pero imparable evolución que precisa necesariamente que tengamos que replantearnos la justificación de estas restricciones.

En esta parte del trabajo, nos centraremos en uno de los principales cambios que se han producido en las Fuerzas Armadas durante este período, con la incorporación de la mujer en las mismas, para analizar si dicha incorporación se ha producido en condiciones plenas de igualdad, fruto de la línea de investigación iniciada en el master previo realizado por el autor de esta tesis, precisamente en violencia de género.

Si bien, se deja constancia de la existencia de múltiples limitaciones y restricciones de derechos fundamentales de los militares, que deberán ser objeto de estudio más detallados con posterioridad, en este “*juicio de ponderación*” que venimos defendiendo, para comprobar si efectivamente es necesaria la limitación y restricción de estos derechos a los militares, y hasta qué punto es idónea y proporcional. Y más cuando hemos podido comprobar que en la actualidad, no se ha perjudicado la disciplina militar cuando en el régimen disciplinario de la Guardia Civil se ha eliminado la posibilidad de imponer sanciones administrativas privativas de libertad, cuando se ha demostrado que tampoco afecta a la disciplina el hecho de que finalmente se declarara inconstitucional los preceptos de la Ley procesal militar que impedían a los subordinados mostrarse como acusación particular en procedimientos penales frente a sus superiores jerárquicos, cuando se ha demostrado que no afecta para nada a la disciplina la aplicación del instituto de la caducidad al régimen sancionador de los militares y guardias civiles, que en nada afecta a la disciplina la reciente existencia de asociaciones profesionales militares, e incluso sindicatos de militares como existen en derecho comparado.

Todas estas cuestiones hacen que debamos reflexionar en relación a todas y cada una de las históricas restricciones o limitaciones de los derechos de los militares bajo los adecuados parámetros de justificación, necesidad y proporcionalidad que hemos desarrollado previamente, y partiendo de la base del mayor de los respetos hacia un colectivo de profesionales “*de la milicia*”, con auténtica vocación de servicio hacia la sociedad en la inmensa mayoría de sus componentes, deberemos corregir los problemas y disfunciones que el autor de este trabajo ha podido detectar, en el ámbito del respeto a sus derechos, durante todos estos años de ejercicio profesional como “*milite*” y como profesional del derecho “*advocatus*”, en los que ha venido luchando siempre por la maximización en lo posible, del ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales, precisamente por haber sido “*educado*” en los valores fundamentales de nuestra actual sociedad democrática³²⁹.

Es cierto que otros grupos sociales también sufren restricciones en el ejercicio de los derechos fundamentales (jueces, magistrados, fiscales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), pero serán los militares los que tienen más limitado el ejercicio de sus derechos y libertades públicas, y habrá que revisar si en la actualidad, tal limitación está justificada.

³²⁹ De hecho, en todas las charlas, congresos y reuniones en las que ha tenido ocasión de participar en relación de estos asuntos el autor de este trabajo, siempre ha destacado que ingresó en las Fuerzas Armadas en el año 1982 (un año después del intento de golpe de Estado del 23-02-1981 y cuatro años después de la aprobación de la Constitución) siendo formado en la Academia Militar de Suboficiales como Militar sujeto al Poder Ejecutivo y cuya principal función, además de la integridad territorial, era la defensa de la propia Constitución, y pasó a actuar en el mundo del derecho militar, desde finales de los 80 y principios de los 90, cuando existe una mayor jurisprudencia Constitucional en defensa de los Derechos fundamentales establecidos constitucionalmente. Con ello, las “enseñanzas” personales recibidas de ese período histórico han conformado el ámbito de actuación profesional del autor de este trabajo.

Podrá “parecer” que el principio de subordinación al poder civil, o el de disciplina, pueden ser incompatibles con la “institucionalización del conflicto”³³⁰ en las Fuerzas Armadas, en el sentido de que en éstas, como detentadoras de un volumen de “Fuerza” considerable, no deben reproducir los conflictos habituales de la sociedad, buscando garantizar que se desempeñen sus funciones con neutralidad, unidad y disciplina. Pero se ha demostrado que en la realidad práctica, los ideales políticos subyacen en cada uno de sus miembros, y no por ello necesariamente se debe producir ningún incumplimiento de su deber de neutralidad.

Existen otros mecanismos que no la simple restricción o incluso excepción del ejercicio de los derechos fundamentales para garantizar esos valores o principios, limitaciones de derechos fundamentales que no sólo fueron “permitidas” constitucionalmente en la época en la que se redactó nuestra Constitución, sino que además se han introducido sin prácticamente control alguno por el legislador no constitucional, incluso en sede reglamentaria, o de simples circulares, órdenes o instrucciones administrativas³³¹.

³³⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española”, en Revista Española de Derecho Militar nº 77, Madrid, 2001. Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), pp. 445-472., pág. 454.

³³¹ En este sentido, recordemos que hasta el año 2011 aún estaba en vigor (junto a otros como el 174, 177, 178, 180, 181, 182 y 185), en virtud de la Disposición derogatoria única de la Ley 39/2007 de la Carrera militar, el artículo 169 de la Ley 85/1978 de 28 de diciembre de Reales Ordenanzas, en virtud del cual “el militar tiene los derechos cívicos y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollan y por estas Ordenanzas”. A nuestro juicio, este artículo y en particular el inciso final era claramente inconstitucional pues contradecía el artículo 81.1 de la Constitución que reserva a ley orgánica la regulación de los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, algunos de los cuales precisamente fueron regulados por el legislador por medio de tales Reales Ordenanzas de 1978, que sorprendentemente han estado vigentes hasta hace muy poco. Y asimismo, numerosos derechos fundamentales son “regulados” y por tanto “limitados” en su ejercicio por numerosas disposiciones reglamentarias e incluso órdenes y circulares internas que no tienen rango normativo alguno.

Esta será la gran labor de reflexión que se propone en este trabajo, que será necesario realizar cuarenta años después de que estos derechos fundamentales y nuestro vigente ordenamiento constitucional, haya calado en todos los sectores de la sociedad, incluidas nuestras Fuerzas Armadas, y que deberemos adaptar a las actuales condiciones de las mismas, sobre la base de la constatación del hecho de que sobre la base de la defensa de esos valores de neutralidad, disciplina y unidad, se siguen produciendo limitaciones y excepciones de esos derechos totalmente injustificadas en la actualidad, y además que desgraciadamente no tienen una respuesta jurisdiccional adecuada de protección.

Análisis que deberá efectuarse por la propia Administración dotándolo de la transparencia y publicidad necesaria, si queremos que de verdad entre en nuestros cuarteles la democracia. Y que en la actualidad podrá realizarse de forma más idónea con la reciente incorporación de las Asociaciones profesionales de militares y Guardias Civiles a los Consejos de Personal, donde se deberían tratar todas estas cuestiones de forma decidida.

En el presente trabajo empezaremos este análisis desarrollando en profundidad, dentro del estudio al derecho a la igualdad, uno de los derechos fundamentales que más actualidad puede presentar, debido a la incorporación de la mujer en las Fuerzas Armadas, como es el tema del respeto a la igualdad de género entre sus miembros, dejando para trabajos posteriores las reflexiones y consideraciones en relación a otros derechos fundamentales.

A. Derecho fundamental a la Igualdad.-

La Constitución Española integra una cláusula general que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohíbe realizar discriminaciones por razones o condiciones personales o sociales en su art. 14, y su ubicación sistemática la configura como

el auténtico pórtico del Capítulo II del Título I de la Constitución, que recoge los derechos más vigorosamente protegidos de la relación de libertades públicas constitucionalmente reconocidas, o lo que podría catalogarse como el núcleo duro de la parte dogmática de nuestra constitución.

El reconocimiento de la igualdad a nivel constitucional se produce a finales del siglo XVIII, a través de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789³³². Inmediatamente también fue recogido por la Constitución Española de 1812, y sucesivamente por toda nuestra historia constitucional.

En la Constitución Española de 1978 se expresa la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1) y en su art. 14 específicamente como principio en su enunciado inicial manifestándose genéricamente que “los españoles son iguales ante la ley”, obligando el art. 9.2 a los poderes públicos a promover las condiciones para que “la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas” y posteriormente el propio art. 14, después de enunciar como principio general la igualdad de todos los españoles ante la ley, se recoge el derecho a la igualdad “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Posteriormente otros artículos, como el 23 (acceso a las funciones públicas), el 31 (deber tributario” y el 32 (relaciones entre cónyuges) recogen también especificaciones del principio de igualdad en esos concretos ámbitos.

En otras palabras, la Igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico se proyecta con eficacia transcendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en

³³² Así puede verse en su art. 1 y art. 6 en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (última visita el 8/01/2018).

vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama.

Como principio nace con el Estado de Derecho, fruto de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, como hemos visto, concebida como “ausencia de privilegios”³³³, siendo la herramienta de la burguesía para acabar con la sociedad estamental anterior³³⁴.

En este concepto inicial de la igualdad se propugnaba la igualdad ante la ley, es decir, que se aplicará a todos por igual, sin privilegios, si bien pudiera el legislador permitir desigualdades como expresión de la voluntad popular.

Ahora bien, pronto se comenzó a afirmar que no bastaba con aplicar la ley de la misma forma con independencia de su contenido. En Europa ello se produce, sobre todo, tras la II Guerra Mundial, vinculando al legislador en la igualdad y estableciendo controles de constitucionalidad de las leyes.

Pero además del mandato constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, y de igualdad en el contenido de la ley, previstos en el art. 14 C.E., existe un mandato de *igualdad material*, aportación al principio de igualdad que se produce con el nacimiento del Estado Social exigiendo al Estado a intervenir en la sociedad para lograr la igualdad real y efectiva de los ciudadanos (art. 9.2 C.E.).

³³³ CRUZ VILLALÓN, P., “El principio de igualdad y otros conceptos afines” en AA.VV., *Jornadas sobre los Derechos Individuales en la Constitución Española: la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla, 1993. Fundación El Monte, pág.42

³³⁴ ARTOLA GALLEGU, M., “Las declaraciones de derechos y los primeros textos fundamentales galos en los orígenes del constitucionalismo español”, en MORAL SANDOVAL, E. (Coord.), *España y la Revolución Francesa*, Madrid, 1989. Pablo Iglesias, pp. 79- 81.

De lo anterior se deduce que la ley puede introducir diferencias de trato cuando estén justificadas por la situación real de sus individuos. Y el canon exigido para que tal diferenciación sea legítima será que sea objetiva y razonable, pues en caso contrario, “será arbitraria y, por ello, discriminatoria”³³⁵.

El Tribunal Constitucional ha establecido una serie de requisitos para averiguar si estamos ante un trato desigual pero justificado, que son los siguientes³³⁶:

- Desigualdad de supuestos de hecho: Para calificar de constitucionalmente admisible un trato desigual, ha de tratarse situaciones diferentes, o, dicho a la inversa, será inconstitucional tratar desigualmente supuestos iguales. Por ello, quien alega que se ha violado el principio de igualdad, debe aportar un “*tertium comparationis*” con el que efectuar un juicio comparativo válido.
- Finalidad constitucionalmente legítima: Para que el trato desigual esté justificado, ha de tener una finalidad constitucionalmente admisible, de acuerdo con el sistema de valores constitucional.
- Congruencia: es decir, que haya una relación directa y razonable entre la diferenciación que se introduce, el supuesto de hecho y la finalidad perseguida.
- Proporcionalidad: existiendo proporción entre el trato diferenciado introducido y la finalidad que se persigue con él.

Como vemos para efectuar alguna diferenciación, tendremos que emplear aquellos elementos de juicio que aducíamos al principio

³³⁵ MONTILLA MARCOS, J. A., “El mandato constitucional de promoción de igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en *Estudio de Derecho Público (Homenaje a Juan José Ruiz Rico)* Vol. 1, Madrid, 1997, Tecnos, pág. 457

³³⁶ STC 200/2001 de 4 de octubre, FJ 4º.

de este trabajo a la hora de limitación de cualquier derecho fundamental, a través del principio de proporcionalidad que más extensamente hemos identificado previamente.

Y además de todo lo anterior, en esta aproximación inicial a este derecho, debemos recordar que existen en el art. 14 C.E. las denominadas “categorías sospechosas de discriminación”, que son aquellas en las que históricamente se ha producido una profunda y arraigada discriminación social (nacimiento, sexo, raza, religión, opinión) y que exigen que cualquier diferenciación que se produzca en dichas categorías ha de ser sometida a un análisis detenido.

Ello es una extrapolación a nuestro constitucionalismo del criterio del “escrutinio especialmente riguroso” empleado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Estados Unidos, que en España se podría definir como “una especial sensibilidad del Tribunal Constitucional en la aplicación del test ordinario” que debe pasar cualquier diferenciación”³³⁷.

Precisamente en este trabajo vamos a realizar un análisis en profundidad de una de estas “categorías sospechosas” de discriminación, esto es la diferenciación por razón de sexo en las Fuerzas Armadas, para comprobar si existe o no una actuación normativa que promueva una igualdad efectiva entre hombres y mujeres en las Fuerzas Armadas³³⁸.

³³⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, 1999. Tirant lo Blanch, pág. 42

³³⁸ Ello no significa que, durante los largos años de trabajo como abogado en la problemática del personal militar no se hayan detectado otras aparentes violaciones del derecho de igualdad en otros múltiples aspectos, tanto internos de las Fuerzas Armadas, como por ejemplo, en el estatuto del personal Militar de Empleo diferenciado del Estatuto del personal militar de Carrera, o en comparaciones con el resto del personal trabajador, a modo de ejemplo, en las

B. Especial referencia a la igualdad de género en las Fuerzas Armadas tras la Incorporación de la mujer a las mismas.-

El *patriarcado* es un sistema de dominación genérico en el cual las mujeres permanecen bajo la autoridad de los hombres, sistema que dispone de elementos políticos, económicos, ideológicos, simbólicos e incluso religiosos de legitimación que escapa de cualquier frontera política, cultural o económica; es universal, pero como sistema político-cultural tiene una solución política y educacional.

Este sistema de dominación, durante siglos, ha producido unos roles culturales y sociales de dominación del hombre frente a la mujer, que se han reflejado incluso normativamente, y que se vienen intentando eliminar fundamentalmente desde la aparición de los movimientos feministas a finales del siglo XVIII. Pero, será principalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando comience verdaderamente a generalizarse la actuación de los poderes públicos en los diferentes Estados y de las organizaciones internacionales, para erradicar esta posición de inferioridad de la mujer, estableciendo políticas activas que favorezcan su igualdad frente al hombre en todos los aspectos sociales, y a la vez, intentando reducir las graves situaciones de violencia de género que se producen en el ámbito intrafamiliar que constituyen una auténtica lacra incluso

diferentes retribuciones del personal militar en relación con otros colectivos profesionales, en la retribución de sus servicios por encima de la jornada habitual de trabajo, la no limitación máxima de esta jornada, etc. Diferencias de trato que en absoluto se consideran, a juicio del autor de este trabajo, como necesarias, ni objetivas y razonables, ni congruentes y proporcionales al fin que persiguen. Sin embargo, no van a ser tratadas en este trabajo por exceder del objeto del mismo.

en la actualidad, y el símbolo más brutal de la desigualdad existente entre hombres y mujeres³³⁹.

Como consecuencia de esta socialización interiorizada, el género masculino resulta ser expresión de un valor de superioridad y el género femenino de subalternidad, y estas representaciones están en la base de las relaciones de poder que subyacen a la violencia sobre las mujeres, cuya finalidad no conlleva necesariamente la intención de causar un daño a otra persona, aunque habitualmente lo ocasione, sino someterla y controlarla mediante la fuerza³⁴⁰ o con la perpetuación de normas o roles sociales que la mantienen en tal situación de sometimiento.

El concepto de violencia de género que contiene la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se refiere a que “constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”³⁴¹.

³³⁹ Preámbulo de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral frente a la violencia de género. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760> (última visita el 29/05/2017)

³⁴⁰ CORSI, J., “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar” en CORSI, J. (coord.), *Violencia familiar: Una mirada interdisciplinar sobre un grave problema social*, Buenos Aires-Barcelona-México, 1994. Paidós. HIRIGOYEN, M., *El Acoso Moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Barcelona, 1999. Paidós.

³⁴¹ Así puede verse en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx> (última visita el 29/05/2017).

A partir de esta Declaración, se configuran los elementos claves de la definición de la violencia de género a nivel normativo internacional; la violencia sobre las mujeres se concibe como una grave violación de su dignidad y los derechos humanos (grave violación del derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral, la igualdad, la seguridad, la libertad, la autonomía (art. 3 Declaración)) y por otro lado, se parte de la tesis de que la violencia contra las mujeres no es una violencia biológica, sino de género, es decir, producto de una construcción socio-cultural que atraviesa las raíces más profundas de todas las sociedades.

El concepto “género” denota la construcción social elaborada sobre la base de la existencia de dos sexos biológicos, y las características sociales, culturales y psico-sociales que de ahí se imponen como pautas de identidad y de conducta a cada uno de los sexos. Género no es sinónimo de mujer, sino de la construcción social diferenciada para los dos sexos y que hace referencia a la atribución de roles, identidad, poder, recursos, tiempos y espacios diferenciados y les asigna un valor que permea cualquier ámbito de la vida de todo ser humano³⁴².

Esta atribución de roles y pautas de conducta cobra una especial significación históricamente en el ámbito de las actuaciones de defensa y seguridad, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y en las Fuerzas Armadas, donde hasta sólo hace muy pocas décadas, fundamentalmente a partir de la Segunda Guerra mundial, se ha permitido legalmente en los países más desarrollados la entrada de la mujer, paralelamente a la adopción, en general, en los países con el adecuado compromiso de protección de los Derechos Humanos, de políticas activas para favorecer la igualdad de la mujer

³⁴² AÑÓN, M. J. y MESTRE i MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres. Discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.) *La nueva ley sobre la violencia de género: (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Madrid, 2005. Iustel. Págs. 31-56.

en nuestra sociedad, tal y como describiremos más ampliamente en apartados posteriores.

En el caso de España, la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas Españolas se reguló tardíamente por el Real Decreto Ley 1/1988, de 12 de febrero, lo que obligó a una rápida transformación tanto en su modelo como en su estructura, pasándose de unas Fuerzas Armadas compuestas en la práctica totalidad de su composición por hombres, a unas Fuerzas Armadas donde las mujeres ocupan en la actualidad un 12,5% del total de la plantilla³⁴³.

Ello ha ocasionado la necesidad de una urgente adopción de medidas tendentes a romper con unas estructuras y normativas pensadas sólo para hombres y adecuarlas a unas Fuerzas Armadas en las que tienen plena participación personas de ambos sexos³⁴⁴. Si bien, hay que reconocer que, pese a las medidas legales adoptadas para favorecer la igualdad y no discriminación de la mujer, y aun reconociendo a nuestro país que formalmente es uno de los países más evolucionados en la materia permitiendo el acceso de la mujer a la totalidad de los puestos de las Fuerzas Armadas³⁴⁵, en la práctica queda mucho camino que recorrer por existir todavía una

³⁴³ Según las estadísticas oficiales publicadas a diciembre 2016 que se pueden ver en: <http://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/omi/Informe-2016-evolucion-mujer-hombre-fas.pdf> (última visita el 29/05/2017).

³⁴⁴ Reconocimiento implícito de esta necesidad no son sólo las medidas legislativas que se han ido imponiendo para favorecer la igualdad de la mujer en las FAS a las que después haremos alusión, fundamentalmente en la década de los años 90, sino también posteriormente medidas administrativas más recientes como, a modo de ejemplo, la Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueban medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas (BOE 8 Marzo 2005).

³⁴⁵ Muchos países que admitieron la incorporación de la mujer en las FAS antes que España aún mantienen restricciones para la mujer en determinados puestos (puestos de combate, buques, etc.), o las han eliminado más recientemente.

“*mentalidad machista*” en algunos de los antiguos componentes de las Fuerzas Armadas³⁴⁶ que también, como hemos visto, se puede observar de forma paralela en nuestra sociedad, fruto de la tradicional estructura patriarcal de la misma, y que en las Fuerzas Armadas, por las exigencias propias de la disciplina militar, así como su estructura jerarquizada, con continuas evaluaciones tanto para continuar en servicio activo como para obtener ascensos a empleos y escalas superiores³⁴⁷, cobra una especial repercusión.

En este sentido, hemos de reconocer que profesionalmente en el ejercicio de la abogacía en este campo, hemos encontrado múltiples casos de discriminaciones hacia la mujer por su situación de embarazo, maternidad, cuidado de hijos, etc., habiendo tenido que abandonar muchas de ellas las Fuerzas Armadas por el daño psicológico sufrido en tales situaciones, así como a otras se les han

³⁴⁶ Es de destacar que tan sólo recientemente la primera mujer ha alcanzado el empleo de Coronel, conforme consta en la estadística antes referenciada, por lo que en empleos superiores, todavía son todo hombres, y, por tanto, el mando efectivo de las distintas Unidades se encuentra todavía en manos de los hombres.

³⁴⁷ No debemos olvidar que la inmensa mayoría de efectivos profesionales en las FAS en la actualidad se corresponden con Militares de Empleo de Tropa y Marinería, los cuales, durante los seis primeros años de compromiso profesional, y hasta que adquieren el compromiso de Larga Duración hasta la edad de 45 años, tienen que superar un procedimiento selectivo de renovación de sus compromisos (Ley 8/2006, de 24 de abril, BOE núm. 98 de 25 de Abril de 2006, arts. 6 a 8), proceso selectivo establecido reglamentariamente, al igual que para los ascensos o realización de cursos de formación en el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería. (Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, BOE núm. 39 de 14 de febrero de 2009, art. 3) así como en diversas Instrucciones técnicas (Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación (BOD nº 181 de 15-09), Instrucción Técnica 2/2012 de febrero, sobre renovación de compromisos, etc), en las que se toman en consideración criterios sumamente subjetivos como “absentismo laboral”, “rendimiento” “disponibilidad para el servicio”, etc, que pueden afectar muy seriamente a la continuidad de la mujer en las FAS y sus ascensos por situaciones de embarazos y maternidad, cuidado de hijos, etc.

resuelto injustamente sus compromisos como militares de empleo por estos motivos³⁴⁸.

Todas estas cuestiones exigen un estudio, como es la pretensión de este trabajo, de la rápida evolución normativa observada en estos años, de forma paralela y comparativa a la evolución normativa operada en nuestra sociedad en relación a la violencia de género y fomento de la igualdad de la mujer en otros ámbitos, fundamentalmente en el ámbito laboral, así como un estudio de los principales problemas prácticos que se plantean en la aplicación de esa normativa, y finalmente la formulación de algunas propuestas de solución.

Trabajo que necesariamente, como venimos sosteniendo en todo momento en sus diferentes apartados, es tan sólo preliminar, por cuanto respecto al mismo no existen prácticamente precedentes,

³⁴⁸ Así, por ejemplo, por lo significativa en este ámbito, podemos citar la Sentencia nº 478 de la Sala de lo Contencioso Administrativo (sección 8ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de fecha 8-06-2011, recaída en el recurso 295/2010, (Roj: STSJ M 6132/2011 - ECLI: ES:TSJM:2011:6132) tramitada por el autor de esta tesis, por la que se estima el recurso interpuesto frente a una resolución de no ampliación de compromiso de una Militar de Empleo, en cuyo FD 2º establece “La actora centra su demanda en la discriminación de que es objeto por su circunstancia de ser mujer, haciendo hincapié en que las bajas, todas justificadas, tienen por causa dos abortos y un embarazo que llegó a término, sin que el ejercicio de la potestad discrecional que supone la denegación de ampliación del compromiso se encuentre sustentada por la imprescindible justificación de tal decisión en la medida que no se recoge que la no idoneidad viene determinada por una baja de maternidad y que ésta es, precisamente, la causa de no haber pasado los PAEF, s. El motivo de la denegación de la ampliación del compromiso no puede acogerse pues esa limitación de condiciones físicas está perfectamente justificada por los abortos y embarazo de la actora -causa de las numerosas bajas médicas durante el último trimestre de 2007 y gran parte de 2008-, eventualidad perfectamente posible en las mujeres de edad fértil, amparada jurídicamente, por lo que esa transitoria limitación de condiciones físicas y las bajas temporales por dicho motivo no puede constituir motivo legitimador para denegar la ampliación de compromiso, máxime cuando la calificación global de su IPEC en 2008 fue de 9”.

con la dificultad que ello conlleva para hacer una investigación con mayor profundidad, lo que unido a una inexistencia de estudios estadísticos claros sobre la materia³⁴⁹; hace que nuestra pretensión sea sólo llamar la atención de líneas generales sobre la materia, establecer una necesidad de su estudio y la adopción de unas propuestas de actuación que puedan servir para trabajos posteriores de mayor calado, que consideramos totalmente necesarios por la experiencia práctica vivida en este campo, si bien, también se ha de reconocer que esta experiencia práctica, en ausencia de estadísticas fiables³⁵⁰ y específicas, puede ser errónea y en cierta medida, como manifestábamos ya en la introducción inicial, afectar a nuestras conclusiones.

No obstante, en ausencia de estas estadísticas oficiales públicas, abiertas y valientes³⁵¹, que serían las que verdaderamente

³⁴⁹ Como hemos tenido ocasión de reflejar en este trabajo, incluso identificando casos concretos que demuestran esta falta de transparencia y “ocultismo” impropios de nuestro Estado de derecho y totalmente injustificados.

³⁵⁰ En el ámbito del Ministerio de Defensa, tan sólo podemos apreciar que se han realizado estadísticas generales en las que nunca se ha tratado abiertamente la violencia de género en las Fuerzas Armadas, y pocas veces, el género es utilizado para investigar en profundidad una posible situación de discriminación de la mujer en las FAS, sin que existan mecanismos adecuados para alertar de las posibles situaciones discriminatorias. Esto se puede apreciar con claridad en el plan estadístico 2017-2020 del Ministerio de Defensa, (<https://publicaciones.defensa.gob.es/plan-estadistico-de-la-defensa-2017-2020-programa-anual-2017.html>) o incluso analizando la última estadística publicada de accidentes en las FAS, del año 2015, donde no se diferencian los tipos de agresión, aunque se tome en consideración el sexo de los afectados.

³⁵¹ En este sentido, podemos reflejar el artículo de MARCOS PINHEIRO en El Diario de fecha 8-01-2017, titulado “*La Justicia militar ha desestimado el 76% de las denuncias por acoso en el Ejército*” que puede verse en: http://www.eldiario.es/politica/Justicia-Militar-acoso-denuncias-Ejercito_0_598440250.html (última visita el 29/05/2017) en base a los datos aportados en el último informe del Observatorio de la Vida Militar del año 2015, al que ya hemos hecho alusión previamente en este trabajo, y en el que incluso se califican de “maquilladas” esas cifras, pudiendo también manifestar personalmente que son muchos los casos que se han presentado en el despacho del autor de este

nos harían poder avanzar en el estudio de esta problemática, debemos constatar la existencia de numerosos problemas en la práctica en esta materia, no ya sólo por la propia experiencia personal y profesional, sino también por la multitud de artículos periodísticos que así lo avalan³⁵².

trabajo, que harían elevar el número de denuncias en relación al presentado en ese informe (entre 2004 y 2015), aunque no el número de aquellas que se admiten a trámite, en una jurisdicción militar como la que actualmente existe. En este sentido es ilustrativo el caso, tramitado directamente por el autor de este trabajo, que se refleja en la noticia http://www.infolibre.es/noticias/politica/2015/04/17/militares_acosadas_tienes_hij_o_ponen_cruz_vales_para_nada_31502_1012.html (última visita el 29/05/2017), y que podríamos concluir con que también se ha desestimado en la actualidad el recurso contencioso administrativo en el TSJ de la Comunidad Valenciana en relación a que la enfermedad psiquiátrica padecida por la Cabo Rico era causada por la situación de maltrato sufrida.

³⁵² Así puede verse también, además de los anteriores casos referenciados, en el artículo de MIGUEL GONZÁLEZ “*La crisis económica frena la ‘feminización’ del Ejército*” El país 18-7-2013 que puede consultarse en (última visita el 29/05/2017)

http://politica.elpais.com/politica/2013/08/17/actualidad/1376750945_635552.html, o el publicado por LAURA GALAUP el 30-06-2016 en El Diario, entrevistando a la primera mujer piloto militar de reactores en España y titulado “*Abandoné las Fuerzas Armadas porque no me sentía respetada como mujer ni como homosexual*”, que puede verse en (última visita el 29/05/2017): http://www.eldiario.es/sociedad/patricia_campos-libro-autobiografia-piloto-lgtb-futbol_0_531947561.html o el publicado en el siguiente enlace http://www.eldiario.es/sociedad/Acoso-Ejercito-militar_expulsada-Morenes_0_399660894.html donde se refleja otro caso de acoso, además de citarse el más famoso caso de la actual diputada socialista Zaida Cantera, que originó la aparición del actual protocolo para el acoso sexual en las FAS, y podríamos presentar múltiples casos más en los que también ha participado el autor de esta tesis, como el anteriormente referenciado.

1. Violencia de género en sentido amplio o discriminación por razón de género.-

La violencia contra las mujeres basada en el género como categoría jurídica ha ido evolucionando desde la celebración de las diferentes Conferencias Mundiales sobre la Mujer que han tenido lugar a lo largo de la historia³⁵³.

Esta evolución se ha ido plasmando en los documentos surgidos de tales conferencias. De este modo, las referencias iniciales a la violencia contra la mujer se limitaban a señalar manifestaciones particulares de violencia, como la trata de mujeres con fines de explotación sexual, la prostitución forzada o la violencia en la familia ejercida sobre mujeres.

Sin embargo, de manera progresiva se ha ido perfilando una categoría general de violencia de género, cuyo contenido se atisbó en las Estrategias de Nairobi (1985)³⁵⁴ –donde por primera vez se habla de género y no de sexo–, y que fue abordado específicamente en la Cuarta Conferencia Mundial, celebrada en Beijing (1995), en términos de “violencia género específica”³⁵⁵.

Admitir la vinculación entre violencia y discriminación es importante en un sistema jurídico, si hablamos en términos de

³⁵³ M. SUBIRATS, en MARIÑO MENÉNDEZ, F., *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Madrid, 1996. Universidad Carlos III de Madrid, pp. 13-30.

³⁵⁴ Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace, Nairobi del 15 al 26 de Julio de 1985. A/CONF. 116/28/Rev.1.

³⁵⁵ <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> (última visita el 29/05/2017).

discriminación institucional, estructural o intergrupala, y se supera, así, la versión individual de las relaciones discriminatorias³⁵⁶.

Los actos que se engloban bajo la rúbrica de “violencia contra las mujeres” en estas conferencias son múltiples, no sólo la violencia y los malos tratos en la familia, sino actuaciones de todo tipo, también institucionales, incluida, la que aquí nos interesa, como el acoso sexual en el lugar de trabajo, entendido de forma amplia, englobando cualquier discriminación en el mismo por razón de género.

Con ello se ha ido reconociendo progresivamente la gravedad del problema y la amplitud de cuestiones o aspectos a tratar. Y para demostrar aún más, no ya sólo el reconocimiento de la importancia de este problema a nivel internacional, sino la propia realidad de la constatación actual de su existencia y alcance, baste indicar que en julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó ONU Mujeres, la Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer.

Al hacerlo, los Estados Miembros de la ONU dieron un paso histórico en la aceleración de los objetivos de la Organización en materia de igualdad de género y de empoderamiento de la mujer. Con base a la visión de igualdad de la Carta de las Naciones Unidas, ONU Mujeres se consagrará, entre otras cosas, a trabajar en pro del aumento del liderazgo y la participación de las mujeres, la eliminación de la violencia contra éstas, involucrarlas en todos los aspectos de los procesos de paz y seguridad, su empoderamiento económico y hacer de la igualdad de género un elemento central de

³⁵⁶ BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en MESTRE i MESTRE, R. (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, 2008. Tirant lo Blanch, pp. 60-62.

la planificación y los presupuestos nacionales para el desarrollo en materia de fomento de la igualdad de género.

Y ello por cuanto el derecho fundamental a la Igualdad que en nuestra constitución, como en la mayoría de los textos internacionales, ocupa el primer lugar en relación a los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en el Capítulo 2º del Título I, que gozan de la especial tutela de los poderes públicos y del Tribunal constitucional a tenor de lo establecido en el art. 53 C.E.³⁵⁷, aparece configurado tridimensionalmente:

a) Por un lado como *valor superior* del ordenamiento jurídico (art.1.1 C.E.) junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político; ello significa que toda situación de desigualdad existente a la entrada en vigor de la Constitución devendrá incompatible con su orden de valores.

b) En segundo lugar, el artículo 14 C.E. consagra el derecho a la *igualdad formal*, excluyendo toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este mandato constitucional exige, por un lado, un trato igualitario para todos los individuos de la sociedad, y por otro, una prohibición de discriminación. Específicamente al considerar el sexo como una de las *categorías sospechosas de discriminación*, le confiere una protección reforzada, pues la obligación de la igualdad es más intensa en este caso (como en el resto de categorías sospechosas que se citan) que la establecida con carácter general, reforzándose, así, la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de

³⁵⁷ Aunque como ya hemos hecho referencia en este trabajo previamente, esta “protección” en la actualidad es más formal que real, por la actual consideración del Tribunal Constitucional de sólo admitir a trámite los recursos de amparo con “especial transcendencia constitucional”, esto es, básicamente los que trasciendan de la violación individual de derechos fundamentales a un solo individuo.

proporcionalidad, y operando una inversión de la carga de la prueba (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

Además, la Constitución prevé una serie de concreciones en la cláusula general de la igualdad que también serán de especial apreciación práctica en la materia que aquí analizamos: en su art. 23 que garantiza el derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad; el art. 32 constitucionaliza la plena igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio; el art. 35 prevé la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso y promoción en el trabajo, así como en su retribución, y el art. 39 prevé la protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

c) Y por último, el art. 9.2 CE recoge la *igualdad substancial o material*, como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su cabal realización. Así, para el derecho de igualdad, no sólo existe la vinculación al mismo de cualquier actuación de los poderes públicos, como cualquier otro derecho o libertad fundamental ex – art. 53 CE, sino que junto con la libertad, se establece expresamente la obligación de los poderes públicos de adoptar medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato, cuando en el apartado 2 del art. 9 C.E. se establece: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*”

Dentro de esta última obligación es donde hay que encuadrar la creación de políticas de actuación, tanto normativas como de cualquier otra índole, que tiendan a asegurar que esa igualdad formal

establecida en el art. 14, y que se propugna como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1, sea *real y efectiva* para todos los grupos en los que se integra el individuo, y particularmente, en el caso que nos ocupa, la igualdad por razón de sexo.

En este sentido, ya hemos visto que tradicionalmente, la desigualdad entre el hombre y la mujer, la desigualdad por razón de sexo, es una de las que más generalmente están difundidas en todas las razas y religiones, en todos los sustratos sociales, “No conoce límites geográficos, culturales o de riquezas”³⁵⁸, por lo que deberá ser, en los Estados democráticos de derecho que establecen como Derechos Fundamentales el marco general de Derechos Humanos consensuado internacionalmente en la actualidad, una de las preocupaciones de actuación, removiendo los obstáculos que producen tal desigualdad.

Todo ello sin olvidar que la violencia de género no supone tan sólo una violación del Derecho a la Igualdad, sino la violación de otros múltiples Derechos Fundamentales contenidos tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales de Derechos Humanos, afectándose también en múltiples ocasiones el derecho a la Vida, el derecho a la Integridad, tanto física como psíquica, y generalmente el derecho a la dignidad de la persona, todo lo que en conjunto nos permite establecer, sin duda, la premisa de que la violencia de género supone un ataque en sí mismo a la libertad de la mujer en todos los sentidos.

³⁵⁸ "La violencia contra la mujer es quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. No conoce límites geográficos, culturales o de riquezas. Mientras continúe, no podremos afirmar que hemos realmente avanzado hacia la igualdad, el desarrollo y la paz." (Kofi Annan, Ex Secretario General de las Naciones Unidas (www.un.org, "Igualdad entre los géneros, Desarrollo y Paz para el siglo XXI" (New York 5 al 9 de Junio de 2000))).

En este trabajo, vamos a adoptar una posición de práctica identificación del concepto de violencia de género, con el concepto de discriminación por razón de sexo, por cuanto consideramos que no sólo hay que identificar como violencia de género las actitudes físicamente violentas o las agresiones sexuales, sino que hay que considerar como “violencia” por razón de género cualquier actitud discriminatoria y vejatoria hacia la mujer, y las actitudes de acoso psicológico también lo son, sin perjuicio de que, efectivamente, somos conscientes de que esta identificación no es del todo ortodoxa en el plano teórico³⁵⁹.

2. Mecanismos de actuación para corregir las desigualdades: Acciones Positivas. Legitimidad de la Desigualdad.

Como ya hemos tenido ocasión de anticipar, no toda desigualdad es contraria al principio de igualdad constitucional, sino tan sólo la desigualdad entre iguales. Una desigualdad que está provista de un fin legítimo, que se ajuste a criterios de razonabilidad y proporcionalidad entre los medios o acciones desiguales adoptados y el fin legítimo perseguido, como sería el caso de las acciones positivas a favor de paliar la desigualdad entre mujeres y hombres, incluso de las discriminaciones positivas hacia las primeras, siempre y cuando sean razonables y proporcionales al fin perseguido; no es contraria al ordenamiento jurídico constitucional.

³⁵⁹ Es obvio que no toda discriminación por razón de sexo constituye en sí violencia de género, pues las medidas discriminatorias positivas hacia la mujer, que trataremos en el siguiente apartado, que no dejan de ser una discriminación por razón de sexo, obviamente no constituyen “violencia de género”, y pueden, además, existir discriminaciones justificadas por otras causas; lo que queremos decir es que toda violencia de género supone en sí una discriminación a la mujer, bajo el prisma y el concepto amplio de que es un ejercicio de dominación de la mujer por parte del hombre o de esta estructura patriarcal.

Así ha quedado claramente determinado por nuestro Tribunal Constitucional, precisamente al analizar las cuestiones de constitucionalidad planteadas en relación a las medidas de protección penal reforzadas para paliar la violencia de género sobre la mujer en el ámbito intrafamiliar contenidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Integrales de Protección contra la Violencia de Género (por todas, STC 59/2008³⁶⁰), pues son concebidas no como una agravación de la penalidad por razón de sexo, sino precisamente desde la concepción de la igualdad material y de la obligación de los poderes públicos de realizar todo lo que se considere oportuno para conseguir una igualdad real y efectiva, siendo un hecho constatado las situaciones de violencia de género del hombre frente a la mujer, que afecta a una multitud de derechos fundamentales y a la propia libertad de la misma, y un fin legítimo el evitar la continuación de dichas situaciones de dominación, considerándose un medio proporcional adecuado a tal fin, la agravación de las penas en estas situaciones.

En otras palabras, nuestro Tribunal Constitucional permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”³⁶¹ o, “la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por

³⁶⁰ Se puede consultar en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6291> (última visita el 29/05/2017)

³⁶¹ RIDAURA MARTINEZ, M. J., “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español” en RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coords.) *Discriminación Versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, Ed. Tirant lo Blanch, Págs. 213-264.-

parte de la mujer (SSTC 128/1987 (F.D. 5º a 8º)³⁶² , 19/1989 (FD. 4º)³⁶³ y 229/1992 (FD 2º a 4º)³⁶⁴)”.

Ahora bien, es preciso reconocer que ésta no fue siempre la posición dominante, pues en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como ha puesto la mayoría de la doctrina de manifiesto en este sentido³⁶⁵, se han podido apreciar dos líneas evolutivas:

- Una primera línea doctrinal neutra, que lo que pretendía era no establecer discriminación alguna entre el hombre y la mujer. En esta primera etapa realmente se equipararon los hombres a algunos derechos reconocidos a las mujeres, resultando finalmente favorecerse, con esta línea, un tratamiento igual a situaciones desiguales.

- Una segunda línea doctrinal en la que apartándose de la formal igualdad de trato, se pasa a aceptar no sólo la licitud, sino además la exigencia constitucional de las medidas dirigidas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos. Esta etapa se inicia con la Sentencia 128/1987, en línea con el voto particular del Magistrado Rubio Llorente en la Sentencia 103/1983.

³⁶² <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/860> (última visita el 29/05/2017)

³⁶³ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1225> (última visita el 29/05/2017).

³⁶⁴ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2116> (última visita el 29/05/2017).

³⁶⁵ RIDAURA MARTINEZ, M. J., “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español” en RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coords.) *Discriminación Versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, op. cit.

En esta Sentencia se rompe con la anterior línea, bajo el prisma del reconocimiento de la situación desigual en que históricamente se encuentran las mujeres, permitiéndose las acciones positivas concebidas, como hemos visto, como medidas que tienden a corregir situaciones desfavorables concediendo determinadas ventajas a los sectores desfavorecidos, y cuyo objeto es conseguir la paridad de los sexos³⁶⁶.

Estamos hablando de la polémica discriminación positiva, que está perfectamente amparada por nuestro derecho precisamente para corregir las situaciones de desigualdad existentes en nuestra sociedad.

Así, cabe citar que en busca de favorecer el acceso de la mujer a los puestos de responsabilidad en el Gobierno y la Administración Pública "*hasta alcanzar la paridad*", el Gobierno aprobó en 2005 "establecer un porcentaje de reserva de, al menos, un 5% para el acceso a aquellas ocupaciones de carácter público con baja representación femenina", haciendo especial hincapié en las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, esta cuota de discriminación rara vez se aplica en las promociones de ascenso militares pues muchas mujeres no quieren acogerse a ellas, buscando competir de igual a igual con sus compañeros.

Ello hace que, en la práctica, tengan que demostrar su valía más que los hombres, para evitar que se les manifieste o se difunda que sus ascensos han sido tan sólo por el hecho de ser mujer, en una sociedad militar arraigada en un sistema patriarcal.

³⁶⁶ LÓPEZ GUERRA, L. M^a., "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978" en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, 2000, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, pág. 33.

"Llega un punto en el que no se trata de que tengas que destacar por encima de un montón de hombres, se trata de que somos la mitad de la sociedad y no estamos casi nunca representadas de forma equitativa", defiende Teresa Franco, que opina que "está muy bien que una mujer se sienta orgullosa por progresar por sus propios méritos. Pero igual de bien se tienen que sentir aquellas mujeres que llegan porque la ley les hace posible una discriminación positiva. Porque tienen un país detrás que las respalda por ser mujer, y gracias a estas leyes se puede conseguir una sociedad más igualitaria"³⁶⁷.

Podemos constatar, como relataremos a continuación, que España es el tercer país de la OTAN en porcentaje de participación de la mujer en las Fuerzas Armadas. Sin embargo, la presencia de la mujer en las Fuerzas Armadas no debe reducirse a un mero incremento de efectivos, sino que debe conllevar un ingente cambio normativo, cultural, logístico, de infraestructuras y de usos y costumbres.

No olvidemos que ha sido toda una organización militar tradicionalmente integrada por hombres, la que ha tenido que adaptarse a su nueva realidad, donde conceptos y mentalidades históricamente arraigadas tienen una pugna constante con este cambio.^[P]_[SEP]

³⁶⁷ Teresa Franco, Secretaria de Igualdad de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), la figura "*sindical*" (permítasenos la incorrección jurídica de citar así la "*asociación profesional*") mayoritaria entre los militares. Realiza esta afirmación en un artículo de CARLOS DEL CASTILLO publicado el 8-9-2016 en <http://www.publico.es/politica/manda-mujer-ejercito.html> (última visita el 29/05/2017) y titulado "*Machismo Institucional ¿Cuánto manda la mujer en el Ejército?*"

Efectivamente, la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas debe definirse como “un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los implicados”³⁶⁸.

Pero en lo que aquí nos interesa, un proceso de estas características requiere además, un decidido impulso desde los órganos superiores de la Defensa para remover los obstáculos que pudieran impedir que la integración sea un hecho, como puede ser facilitar el cumplimiento de los deberes militares al conjunto de sus miembros, independientemente de su sexo, pero con especial énfasis en las mujeres debido a su incorporación posterior secularmente al varón, sus propias circunstancias y a la posición de discriminación patriarcal que tradicionalmente presenta todavía hoy en nuestra sociedad.

En este trabajo intentaremos dar un análisis normativo y una visión práctica de lo acaecido en estos años sobre esta materia, pero antes de comenzar a ello, y para una mejor comprensión de nuestro análisis, deberemos hacer un recorrido histórico por la evolución de esta integración de la mujer en las Fuerzas Armadas.

3. Evolución histórica de la incorporación efectiva de la mujer en las Fuerzas Armadas desde una perspectiva comparada y en el específico supuesto de las Fuerzas Armadas Españolas.-

La participación de las mujeres en las Fuerzas Armadas en condiciones de igualdad con los hombres es uno de los cambios más

³⁶⁸ CABALLUD HERNANDO, M.B., “Aportación de la mujer militar en las Fuerzas Armadas españolas a la defensa y la seguridad”, en *Arbor Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)* Vol 190, (765). Madrid, 2014.

importantes acaecidos en las organizaciones militares contemporáneas.

Los estereotipos tradicionales de la estructura patriarcal que hemos venido definiendo también han afectado al acceso a la mujer a las Fuerzas Armadas en todos los países, pues históricamente el hombre ha sido el que ha ejercido la fuerza, y la mujer ha sido la pacifista y la víctima de los conflictos armados, incluso el trofeo del vencedor.

De hecho, en el caso de los EEUU, sin duda el más analizado, las mujeres han apoyado en menor medida la participación estadounidense en las guerras o el incremento de los gastos de defensa. Por todo ello, la incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas que con distinta magnitud, intensidad y velocidad están llevando a cabo la mayoría de los Ejércitos, y que se ha visto intensificada sobre todo tras la reciente implantación del servicio militar voluntario en algunos países europeos, ha supuesto un cambio social y político trascendental para la organización militar y para las sociedades occidentales.

No en vano, este fenómeno ha suscitado las opiniones más encontradas, desde la defensa entusiasta a la dura objeción, y se ha convertido asimismo en objeto de un creciente interés académico en las últimas décadas, especialmente en los Estados Unidos, pues en nuestro país no se ha procedido realmente a un análisis adecuado del mismo en profundidad, aunque empiezan a existir algunos estudios al respecto³⁶⁹. De este modo, en España no hemos sido ajenos a esta tendencia internacional, sino todo lo contrario, la experiencia

³⁶⁹ HOMBRADO MARTOS, A., OLMEDA GÓMEZ, J. A. y DEL VAL CID, C., “La incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas: el caso español y su percepción pública en perspectiva comparada”, en *Documentos de Trabajo: Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos* nº 7, 2007.

española en realidad destaca por su amplitud y celeridad en la transición.

Ello es así porque esta incorporación efectiva y plena de las mujeres en nuestras Fuerzas Armadas se ha producido en un período de poco más de una década, pues aunque la incorporación de la mujer se legalizó en 1988, su incorporación de forma significativa se ha producido desde que disponemos de unas Fuerzas Armadas plenamente integradas por militares profesionales (al desaparecer el Servicio Militar Obligatorio en el año 2001³⁷⁰), y en estos años España ha protagonizado un giro radical en sus políticas de acceso de la mujer al ejército situándose a la vanguardia en cuanto a la integración efectiva y normativa de la mujer³⁷¹.

Pero este proceso no fue tan rápido, ni sencillo; una cosa que ahora consideramos natural y consustancial a nuestra Constitución, la posibilidad de acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas Españolas, ha costado muchos años en hacerse efectiva³⁷².

No faltan episodios concretos, en la historia de España y en otros países, en los que famosas mujeres se han incorporado a la defensa junto a los hombres, pero éstos eran hechos puntuales y

³⁷⁰ De hecho, el mayor porcentaje de mujeres se da, precisamente, en la Escala de Tropa y Marinería profesionales.

³⁷¹ Comparativamente, como veremos en las tablas que se reflejarán posteriormente, a pesar de la histórica –aunque limitada– presencia femenina en sus filas, en Canadá el proceso ha sido más prolongado y la última restricción de servir en submarinos no fue revocada hasta 2001. Incluso en EEUU, no obstante ser el país con mayor porcentaje femenino en sus ejércitos, el acceso a determinados puestos permanece todavía vedado a las mujeres, como también ocurre en el ejército israelí.

³⁷² Para comprobar el debate existente en los años 90 en España sobre esta materia, está muy bien desarrollado y documentado el artículo FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La mujer y las Fuerzas Armadas. Un estudio jurídico-constitucional” en *Mujer y Constitución en España*, 2000, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. pp. 295-334.

esporádicos, no con la generalidad y normalidad con que se produce en nuestros días. Y también podemos citar, en nuestra historia más cercana, que, incluso antes de la aparición de nuestra Constitución, la propia Constitución de la Segunda República, en su art. 37 establecía que “El Estado podrá exigir de todo ciudadano su prestación personal para servicios civiles a militares, con arreglo a las leyes”, sin distinción de sexo, así como también el artículo 40 declaraba a todos los españoles, sin distinción de sexo admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad.

Pero la realidad práctica es que, pese a esas declaraciones “formales”, en las leyes de reclutamiento militar nunca se estableció la participación de la mujer en la defensa nacional.

En la época franquista posterior, existen claros ejemplos normativos que vedaban el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, como la Ley 55/1968 de 27 de julio, General del Servicio Militar, que en su misma norma de apertura, disponía que: “Este servicio militar es un honor y un deber inexcusable que alcanza a todos los españoles *varones* que reúnan condiciones de edad y aptitud psicofísicas”. También la Ley 56/1961 de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, aun reconociendo en su artículo 3.1 que la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, podía participar en oposiciones, concursos-oposiciones y cualesquiera otros sistemas para la provisión de plazas de cualesquiera Administraciones públicas, exceptuaba de tal regla general, en el apartado segundo del propio artículo, el ingreso en las Armas y Cuerpos de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, salvo que por disposición especial expresa se concediera a la mujer el acceso a servicios especiales de los mismos³⁷³. También quedaba exceptuado el ingreso en los Institutos

³⁷³ Como excepción podríamos citar Orden Ministerial de 31 de octubre de 1941 creó el servicio de Damas Auxiliares de Sanidad Militar, con la finalidad de

Armados y Cuerpos, Servicios o carreras que implicaran normalmente la utilización de armas para el desempeño de sus funciones.

La Constitución española de 1978 iba a romper frontalmente con la situación precedente de la mujer ante el mundo castrense, y ello en un doble ámbito: en el de la prestación del servicio militar obligatorio y en el del acceso a la función pública militar.

En lo que al servicio militar se refiere, el artículo 30.1 de la Constitución española, apartándose del modelo alemán coetáneo, que reserva a los varones la prestación del servicio de armas, y siguiendo la línea del modelo constitucional italiano, que considera la defensa de la Patria un deber sagrado de todo ciudadano independientemente de su sexo, atribuye a los españoles, esto es, a los nacionales de ambos sexos, el derecho y el deber de defender a España, por lo que no puede sino concluirse que la mujer goza en condiciones de igualdad con los varones de este derecho-deber de defensa. Esta interpretación se refuerza si el precepto en cuestión se pone en relación con el artículo 14 de la Constitución.

En lo que se refiere al acceso a la función pública militar, se puede llegar incluso a unas conclusiones aún más rotundas; el artículo 23.2 C.E. reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. Ciertamente, nos encontramos ante un derecho de configuración legal, de modo tal que el derecho a tomar parte en el procedimiento selectivo que ha de llevar a la designación y, a fortiori el derecho a la misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso a la función de que se trate.

atender a los heridos y enfermos de las guerras. Ya en plena transición política a la democracia, el Decreto 707/1976, de 5 de marzo, consideró a las Damas Auxiliares del Cuerpo Especial como funcionarias civiles de la Administración militar.

Ahora bien, el derecho que examinamos es un derecho fundamental, lo que significa que el legislador, al regularlo, no carece de límites como hemos tenido ocasión de desarrollar ampliamente al inicio de este trabajo, y de entre ellos, quizá los más significativos sean los que derivan del principio de igualdad, que además veda de modo específico toda discriminación por razón de sexo. Y desde esta perspectiva, es patente que la exclusión de las mujeres de las vías de acceso a la profesión castrense resultaba inequívocamente discriminatoria e inconciliable con el derecho fundamental a la igualdad, como el propio Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de reconocer en su Sentencia 216/1991³⁷⁴, Sentencia que iba a propiciar finalmente que se admitiera la incorporación plena de la mujer en las Fuerzas Armadas, eliminando la transitoriedad dispuesta por el Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, sobre incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, que declaraba el derecho de la mujer para entrar en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas no “operativos” (Cuerpo jurídico, de intervención, de Ingenieros, de Sanidad, Farmacia, Música Militar, etc.) y que “la incorporación (de la mujer) a los demás Cuerpos de los Ejércitos se hará de una forma progresiva, a medida que se vayan efectuando adaptaciones de diversa índole que, al tiempo que aseguren la adecuada integración, permitan atender al desarrollo de las funciones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas”.

A partir de ese momento se permitió ingresar a las mujeres en las Academias Militares de Oficiales y Suboficiales, pero, como ya hemos manifestado, esos ingresos fueron más bien puntuales, y la verdadera integración de la mujer en las Fuerzas Armadas no se produciría hasta casi una década más tarde, con la desaparición del

³⁷⁴ STC 216/1991, de 14 de noviembre, fundamento jurídico cuarto, que puede consultarse en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1855> (última visita el 29/05/2017).

servicio militar obligatorio y la configuración de un auténtico ejército profesional con personal de Tropa y Marinería profesionales, donde se produjo una masiva incorporación femenina.

Las Fuerzas Armadas españolas, al igual que las Fuerzas Armadas de países occidentales, están sometidas a un intenso proceso de cambio, que refleja las transformaciones de los contextos sociales, económicos, políticos, tecnológicos y de seguridad internacional.

En la mayoría de los países miembros de la OTAN se ha observado en las últimas décadas una evolución de un Ejército muy numeroso, con un modelo mixto (de recluta parcialmente voluntaria y obligatoria) a un ejército con la mayoría de sus miembros profesionales, de un Ejército de “*ocupación*”, con numeroso personal de recluta obligatoria en sus filas, a unas Fuerzas Armadas sumamente tecnológicas, en las que priman más las unidades pequeñas especializadas con los últimos avances técnicos de armamento y material, fácil y rápidamente desplazables, que las grandes unidades con numeroso personal con las consiguientes dificultades de movilidad.

Por otro lado y paralelamente, se ha pasado de un Ejército separado de la sociedad civil, estanco a la misma, y proyectado hacia la Seguridad exterior, a un Ejército que asume numerosas tareas de colaboración en seguridad interior, en catástrofes, incendios, ayudas humanitarias, etc., aprovechando la especialización y organización de sus Unidades, y la rápida posibilidad de intervención.

Este proceso de transformación a su vez, ha requerido que las fuerzas militares sean receptivas a los cambios sociales que en materia de igualdad, violencia de género y conciliación de la vida familiar laboral se han producido también en los últimos años a nivel internacional en nuestras sociedades.

Antes de pasar a analizar estadísticamente la participación militar de las mujeres en las Fuerzas Armadas, resulta necesario proporcionar algunos elementos de juicio sobre lo que implican las diferencias biológicas entre los sexos en tanto que diferencias sociales y políticas. Estos datos pueden contribuir a contextualizar el debate existente sobre la incorporación plena o limitada de la mujer en las Fuerzas Armadas, en relación al cual, ya hemos identificado que en nuestro caso, en España, se apostó por una incorporación plena de la mujer que entendemos ha dado excelentes resultados.

En este sentido, el sexo, junto con la edad, el nivel de estudios, el nivel de ingresos o la identificación política constituyen las variables sociodemográficas más utilizadas a la hora de analizar las opiniones y el comportamiento político de los ciudadanos en las democracias occidentales.

En lo que aquí nos afecta, estos análisis suelen destacar en ocasiones, y respecto a cuestiones determinadas, la existencia constatable de una diferencia de género (*gender gap*)³⁷⁵.

Uno de los estudios pioneros en esta materia, informaba de la existencia de diferencias de género llamativas y persistentes sobre materias relativas a la fuerza y la violencia, pues en el 87% de los casos considerados, era más probable que los hombres apoyaran opciones favorables a la violencia, existiendo una divergencia entre sexos de 9 puntos porcentuales, con diferencias individuales de hasta el 30%; sólo en un poco más del 5% de los casos, apoyaban las mujeres una respuesta de fuerza más que los hombres.

³⁷⁵ Para el análisis de estos estudios seguimos a HOMBRADOS, A., OLMEDA, J. A. y DEL VAL, C., “*La incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas: el caso español y su percepción pública en perspectiva comparada*” op.cit.

En un estudio posterior sobre las diferencias de género y las preferencias sobre las políticas públicas, se confirmó la discrepancia en aquellas políticas relacionadas con el empleo de la fuerza o la violencia en general, mientras que estas diferencias eran menores con respecto a otras políticas públicas³⁷⁶.

CONOVER y SAPIRO³⁷⁷ analizan distintas explicaciones propuestas sobre esta cuestión; por un lado, hay quien sostiene que las diferencias tienen un origen biológico, derivado de la agresividad natural de los hombres, y para otros, las diferencias se originan en la socialización primaria, esto es, en el género como construcción social, o lo que venimos definiendo en este trabajo como estructura social patriarcal.

Una tercera corriente sostiene que la experiencia de la maternidad hace que las mujeres tengan más empatía, sean más protectoras y atentas a sus relaciones con los demás. Y por último, otras autoras sostienen que es la conciencia feminista *per se* la que inclinaría tanto a los hombres como a las mujeres hacia las posturas pacifistas en política exterior.

En el estudio posterior de EICHENBERG³⁷⁸ se analiza la evolución histórica de las diferencias de género con respecto al empleo de la fuerza por los Estados Unidos desde la crisis del Golfo

³⁷⁶ TOM W. SMITH, "Gender and Attitudes Toward Violence", en *The Public Opinion Quarterly*, 48, 1, primavera 1984, págs.384-396; ROBERT Y SHAPIRO y HARPREET MAJAN, "Gender Differences in Policy Preferences: A Summary of Trends", en *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 50, nº 1, primavera 1986, pp. 42-61..

³⁷⁷ JOHNSTON CONOVER, P. Y SAPIRO, V., "Gender, Feminist Consciousness, and War", en *American Journal of Political Science* Vol. 37, núm. 4, Michigan, 1993, pp. 1079-1099

³⁷⁸ RICHARD C. EICHENBERG, "Gender Differences in Public Attitudes toward the Use of Force by the United States, 1990-2003", *International Security*, 28, 1, 2003. MIT Press, págs. 110-141.

en 1990 hasta las guerras de Afganistán e Iraq en 2003, concluyendo que las diferencias de género están generalizadas, de manera que las mujeres apoyan en menor medida que los hombres el empleo de la fuerza para cualquier propósito. También se confirma que las mujeres son más sensibles con las preocupaciones humanitarias y respecto a la pérdida de vidas humanas. Pero también hay que reflejar que ni todas las mujeres son pacifistas ni todos los hombres belicosos, pues se producen diferencias como consecuencia de las circunstancias y acciones militares particulares que se consideraron.

Estos análisis sociológicos sirven para ilustrar el debate sobre la incorporación de las mujeres a la organización militar desde una perspectiva estratégica.

La postura crítica sobre la participación de las mujeres la representa el historiador VAN CREVELD³⁷⁹ quien plantea que históricamente, la guerra ha sido un asunto exclusivamente masculino y quienes en ella participaban eran considerados con frecuencia los más masculinos entre los hombres. Sobre esta base, concluye que la feminización de las Fuerzas Armadas occidentales no es una prueba del progreso de la emancipación de la mujer sino que en parte es síntoma y en parte causa de la decadencia de esas fuerzas. En igualdad de circunstancias, cuanto menores y menos importantes son las guerras llevadas a cabo por cualquier fuerza armada, más mujeres tienen; cuantas más mujeres tiene, es menos probable que emprenda guerras de envergadura.

³⁷⁹ VAN CREVELD, M., “Less Than We Can Be: Men, Women and the Modern Military”, en *Journal of Strategic Studies*, 23, 4, diciembre 2000, págs. 1-20; VAN CREVELD, M., “Women in the Military: Gain or Regression?”, en Stuart A. Cohen (comp.), *Democratic Societies and Their Armed Forces. Israel in Comparative Perspective*, Londres, 2000. Frank Cass., págs. 135-149.

Por su parte, AZAR GAT³⁸⁰, constata algunas diferencias que favorecen a los varones en promedio –fortaleza física, orientación espacial, matemáticas–, sin olvidar rasgos masculinos inconvenientes subrayados por las feministas –exceso de competitividad, frialdad emocional, comunicación defectuosa, agresividad–. En cuanto a las mujeres, sus ventajas cognitivas tienen que ver con la atención espacial al detalle, buena memoria espacial, habilidades verbales, capacidad de juzgar situaciones humanas complejas y los estados de ánimo. A partir de aquí, GAT destaca el carácter genético de estas diferentes estructuras pero matizando con posterioridad que los cuerpos y mentes de hombres y mujeres han estado sometidos a distintas presiones evolutivas. No obstante, entre los cazadores-recolectores –que representan el 99,5% de la historia evolutiva humana– la lucha fue un vedado masculino y la diferencia sexual más marcada. De hecho, las mujeres eran un recurso más por el que competir. Dicho lo cual, subraya que, en la actualidad, el campo de batalla mecánico y electrónico moderno ha generado numerosas tareas que implican escasa o ninguna fuerza. A pesar de ello, menos mujeres que hombres se inclinan hacia operaciones o a carreras de combate y parece probable que la participación de las mujeres seguirá siendo marginal en comparación con la de los hombres porque es difícil que desaparezcan los factores evolutivos físicos, mentales y sociales que han hecho del combate la actividad más polarizada en términos de sexo a corto plazo.

KENNEDY-PIPE³⁸¹ manifiesta que estos debates son irrelevantes puesto que las guerras futuras implicarán el despliegue de tecnologías occidentales frente a oponentes inferiores militarmente, en un contexto, además, de participación de los

³⁸⁰ AZAR GAT, “Female Participation in War: Bio-Cultural Interactions”, en *Journal of Strategic Studies* n° 23(4), diciembre 2000, págs. 21-31.

³⁸¹ KENNEDY-PIPE, C., “Women and the Military”, en *Journal of Strategic Studies*, Vol. 23, n° 4, 2008, pp. 32-50.

Estados occidentales en intervenciones humanitarias, operaciones de imposición y mantenimiento de paz y de reconstrucción posbélica.

Todas estas cuestiones invitan realmente a replantear las nociones tradicionales y los debates sobre el lugar de las mujeres en la esfera militar.

Otra parte importante de los estudios sobre esta materia se han ocupado del impacto que la creciente proporción de mujeres en las Fuerzas Armadas produce en el desempeño de sus funciones, así como en la cohesión de las unidades militares³⁸². Desde esta perspectiva, no han faltado detractores que proclaman que la presencia de mujeres conduce a una pérdida de efectividad de los ejércitos, bien a pesar de que los resultados de algunos análisis al respecto sugieren que el funcionamiento de las unidades militares no se ve degradado por la participación de mujeres, que éstas no desempeñan sus funciones peor que los hombres y que existe otro tipo de factores como la calidad del entrenamiento y el liderazgo que tienen mayor influencia en términos de efectividad.

Compartimos, desde luego, estas últimas conclusiones, considerando, como otros trabajos indican, que las únicas posibles consecuencias negativas de la presencia de mujeres en el Ejército son sobre todo de carácter social y de casi inevitables tensiones sexuales dentro de las unidades y grupos mixtos³⁸³, pero que son

³⁸² N. ROSEN, L., B. DURAND, D., D. BLIESE, P., R. HALVERSON, R., JOSEPH P., ROTHBERG Y NANCY I. L. HARRISON, "Cohesion and Readiness in Gender-Integrated Combat Service Support Units: the Impact of Acceptance of Women and Gender Ratio", en *Armed Forces & Society* n° 22, 4, 1996, págs. 537-553; HARRELL M. y MILLER, L., *New Opportunities for Military Women: Effects upon Readiness, Cohesion and Morale*, Santa Monica, 1997. Rand Corporation.

³⁸³ SIMONS, A., "Women Can Never 'Belong' in Combat", en *Orbis*, verano 2000, Vol. 44, Issue 3, p. 451-461.

sobradamente compensadas con los beneficios que la integración de la mujer produce en las FAS en múltiples aspectos, entre otros, como hemos visto, sus diferentes aptitudes y perspectivas psicológicas, que compensan y equilibran las aptitudes y perspectivas masculinas³⁸⁴.

Otros estudios se han ocupado de analizar las causas que han ocasionado la integración de la mujer en las FAS en los últimos años, buscando explicaciones de tipo organizativo estructural, en el sentido de que gracias a los progresos tecnológicos, la fortaleza ha dejado de ser un requisito indispensable para desarrollar los cometidos propios de las Fuerzas Armadas, siendo las limitaciones físicas de las mujeres cada vez más irrelevantes³⁸⁵. Así, existen trabajos, que compartimos plenamente en este sentido, que sostienen que las mujeres ya no sólo no representan un obstáculo, sino que aportan especiales capacidades de su propio sexo, por lo que deberían ser bien recibidas en todas las posiciones del Ejército³⁸⁶. De hecho, se ha podido comprobar recientemente en el marco de las operaciones internacionales de Afganistán el valor añadido que supone la presencia femenina dentro de las Fuerzas Armadas para la inteligencia y relaciones con la población civil, así como en otros

³⁸⁴ No compartimos en este sentido las alusiones realizadas por LÓPEZ DE GEA, J., en su tesis doctoral *Derechos Fundamentales y Estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas* (op. cit.), cuando refiere que la mujer tiene menor capacidad física que los hombres y en la práctica se orienta hacia puestos burocráticos (pp- 173 a 175), pues hemos conocido mujeres que cumplen perfectamente con sus marchas de 30 y 40 kilómetros con el equipo completo, en mejores condiciones que otros hombres. Es cierto que existen diferencias físicas, pero entendemos que otras cualidades de las mujeres complementan y benefician al funcionamiento de las Fuerzas Armadas y las unidades.

³⁸⁵ KENNEDY-PIPE, C., “Women and the Military”, op. cit.

³⁸⁶ W. SEGAL, m., “Military Culture and Military Families”, en KATZENSTEIN M. y REPPY J., (comps.), “*Beyond Zero Tolerance: Discrimination in Military Culture*”, Nueva York, 1999. Roman & Littlefield.

conflictos internacionales en los que han participado las Fuerzas Armadas españolas y las de otros países de la OTAN³⁸⁷.

Existen, en relación a las causas de incorporación de la mujer en las FAS de las últimas décadas explicaciones socio-estructurales y culturales, que coinciden en priorizar variables externas a la propia institución militar, en cuya virtud la incorporación de las mujeres en las FAS reflejaría la posición de las mujeres en los demás ámbitos de la sociedad (privado, laboral y político) y sería el resultado de una fuerte presión política, o de la articulación de políticas públicas de igualdad de género³⁸⁸.

Sobre la base de la anterior tipología de variables, SEGAL ha llevado a cabo uno de los mejores intentos de construir una teoría sistemática en este campo, evaluando el efecto relativo y combinado de toda una diversidad de factores, incluyendo las situaciones de la seguridad nacional, la tecnología militar, las políticas de acceso, las tendencias demográficas, los valores culturales en términos de género y los patrones de roles de género. Desde este enfoque

³⁸⁷ Es interesante a este respecto PALACIÁN DE INZA, B “Ser mujer en Afganistán” en *Revista Española de Defensa* n° 47, 2012 que se puede consultar en <http://www.defensa.gob.es/Galerias/documentacion/revistas/2012/red-289-mujer-afganistan.pdf>, donde se refleja que la perspectiva de género constituye un valor añadido a la eficacia de esa operación o el estudio de la OTAN sobre cómo puede influir la perspectiva de género en la seguridad de las operaciones internacionales, que se puede consultar en http://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_topics/20120308_1869-11_Gender_Brochure.pdf donde se hace un estudio en el año 2011 de la participación de las mujeres en distintos conflictos internacionales. (última visita de ambos enlaces el 29/05/2017).

³⁸⁸ BRACKEN, P., “Women in the Army”, en STRACHAN H., (Ed.), *The British Army, Manpower and Society into the Twenty-First Century*, London, 2001. Frank Cass, pp. 105-118; SORIN K. et al., *Des Femmes Militaires en Occident, Quels Enseignements pour la France?: Allemagne, Canada, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni. (Les documents du C2SD)*, París, 2005. Centre d’Études en Sciences Sociales de la Défense.

multicausal y sin desconocer la influencia de las variables macro-sociales, su argumento central es que los principales factores que han creado las condiciones para la llamada de las mujeres a filas han sido sobre todo de carácter instrumental, es decir vinculados con la estructura organizativa de la institución militar y con las políticas de acceso a la misma³⁸⁹.

Pasando a analizar de forma comparada el proceso de incorporación legal de la mujer en las Fuerzas Armadas de los distintos países de la OTAN, podemos ver una gran diferencia en el grado de incorporación.

Así, el primer país que integró de modo estable a la mujer en las Fuerzas Armadas fue el Reino Unido con la creación en 1881 del Servicio Imperial de Enfermeras, ejemplo seguido ocho años después por Canadá. En el año 1917 se procedía a incorporar a la mujer a otros ámbitos de la organización castrense, como Transmisiones y Estado Mayor. La Segunda Guerra Mundial es cuando se produce una mayor incorporación de la mujer en las Fuerzas Armadas; en 1940, con Francia ocupada por los Ejércitos del Reich se creaba el Servicio Nacional de Auxiliares Femeninos transformado en 1941 en el Cuerpo de Voluntarias Francesas; en 1942, en Noruega, se adoptaba una decisión histórica³⁹⁰, al decretar el servicio militar obligatorio para las mujeres³⁹¹.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, una serie de factores (entre ellos, la progresiva emancipación de la mujer, la

³⁸⁹ W. SEGAL, M., "Women's Military Roles Cross-nationally: Past, Present and Future", en *Gender and Society*, 9, 6, 1995, págs. 757-775

³⁹⁰ OLLERO-CAPRANI, A., "La mujer en los escalones de mando", en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios* n° 667, 1995, p. 59.

³⁹¹ Ello fue debido a la situación de emergencia que provocó la ocupación alemana, manteniéndose esta norma tan sólo hasta la finalización de la Segunda Guerra mundial en 1945.

vigencia real del principio de igualdad sin discriminación por razón de sexo, el auge de los movimientos feministas, etc.), irían creando el auténtico clima favorable para la incorporación efectiva de la mujer a las Fuerzas Armadas, que se va produciendo en buena parte de los países europeos en la década de los años 60 y 70, y finalmente, en los casos más tardíos, como España, en los años 80 y 90.

También es de señalar que en los países de la OTAN, en lo que se refiere a la prestación del servicio militar, cabe señalar que en los países que mantuvieron el modelo de conscripción obligatoria, la regla general es el reconocimiento a la mujer del derecho a la prestación del servicio militar con carácter voluntario. Al margen de los países de la OTAN, los casos más relevantes de imposición a la mujer del servicio militar obligatorio son los de China e Israel.

Respecto al porcentaje de mujeres en las Fuerzas Armadas, que depende, como hemos analizado (estudio multicausal de SEGAL), de un conjunto complejo de factores predominantemente internos a cada país y que han afectado a las políticas y prácticas organizativas de manera diferente, podemos reflejar el estudio comparativo siguiente respecto a la evolución en el período 2000-2006³⁹²:

³⁹² Tabla extraída del artículo HOMBRADOS, A., OLMEDA, J. A. y DEL VAL, C., “*La incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas: el caso español y su percepción pública en perspectiva comparada*” op. cit., cuyo profundo estudio de esta materia venimos siguiendo a lo largo de esta exposición cronológica.

País	2001	%	2003	%	2004	%	2005	%	2006	%
Alemania	5.263	2,8	8.392	4,4	10.030	5,2	11.300	6,0	12.350	6,5
Bélgica	3.202	7,6	3.192	8,2	3.393	8,3	3.348	8,3	3.249	8,3
Canadá	6.558	11,4	6.992	11,7	7.420	12,3	7.785	12,6	7.945	12,8
Dinamarca	863	5,0	1.180	5,0	1.054	5,0	1.108	5,0	1.072	5,3
España	6.462	5,8	11.905	10,0	12.444	10,5	12.641	10,7	15.722	13,5
EEUU	198.452	14,0	37.0786	15,0	372.230	15,0	333.916	15,5	277.622	10,5
Francia	27.516	8,5	38.441	11,2	44.829	12,8	47.617	13,0	48.816	13,3
Italia	438	0,1	1.664	0,5	1.763	0,5	3.023	1,0	5098	1,6
Noruega	1.152	3,2	610	5,7	700	6,3	656	6,3	688	7,0
P. Bajos	4.170	8,0	4.647	8,5	4.533	8,7	4.336	9,0	–	9,0
Portugal	2.875	6,6	2.894	8,4	2.988	8,4	3.816	10,3	4.399	12,0
Polonia	277	0,1	357	0,3	376	0,5	512	0,5	–	0,5
Reino Unido	16.623	8,1	17.870	8,6	18.336	8,8	18.270	9,0	17.820	9,1
Turquía	917	0,1	1.046	0,1	1.144	4,0	1.245	4,0	1.319	3,1

Como podemos apreciar en estas tablas comparativas, la feminización de las FAS en España aparece en la última oleada en comparación con otros países occidentales pero ha avanzado con celeridad, alcanzando en pocos años uno de los mejores porcentajes de participación e integración de la mujer en las Fuerzas Armadas.

En efecto, analizando el caso español específicamente, y como hemos relatado anteriormente, la plena incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas Españolas –que se produjo por Real Decreto Ley 1/1988, de 12 de febrero– consecuencia de la vigencia del derecho de igualdad en nuestro estado de derecho actual, ha implicado una evolución gradual que ha provocado una importante transformación tanto en su modelo como en su estructura. De este modo, se ha pasado de unas Fuerzas Armadas compuestas en la práctica totalidad de su composición por hombres, a unas Fuerzas Armadas donde las mujeres ya ocupan un 12,7% del total de la plantilla³⁹³.

Si en el ámbito general de la sociedad, nos encontramos con una estructura patriarcal en la que han sido necesarias políticas

³⁹³ Como antes hemos manifestado, dato extraído de las propias estadísticas oficiales del Ministerio de Defensa del año 2017 y que se ha estancado en los últimos años.

activas para eliminar progresivamente la discriminación hacia la mujer que históricamente se ha venido produciendo, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, nos encontramos con una estructura organizativa históricamente machista, que ha tenido que, de forma rápida, adaptarse a la plena incorporación de la mujer en todas sus estructuras, lo que viene produciendo una serie de disfunciones que es necesario corregir para conseguir la plena igualdad material y efectiva.

También como hemos tenido ocasión de señalar, de forma simultánea, se ha producido otra importante modificación, como es la desaparición del Servicio Militar Obligatorio, con lo que nos encontramos con unas Fuerzas Armadas integradas completamente por hombres y mujeres profesionales, que han hecho de la vida militar su profesión, constituyendo un grupo humano, compuesto por 131.911 hombres y mujeres³⁹⁴.

La conjunción de estas dos circunstancias nos llevan a que uno de los cambios, de modelo y estructura, en las FAS más importantes sea el de la convivencia diaria entre personas de distinto sexo, de forma muy estrecha, en ocasiones durante largos lapsos temporales e incluso en situaciones precarias y circunstancias límite. Esta estrecha convivencia, a su vez, ha conducido a la formalización de numerosas relaciones afectivas que, en gran número de ocasiones, desembocan en la formación de familias en la que ambos miembros son militares, con las consecuencias de toda índole que ello conlleva (logísticos, de nombramiento de servicios, cuidado de hijos en situaciones extraordinarias, etc.).

³⁹⁴ Según la Resolución 430/38001/2017, de 2 de enero, de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa que puede verse en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-251 (última visita el 29/05/2017)

Estos profundos cambios producidos en un relativamente corto espacio de tiempo, fundamentalmente en los últimos quince años, han provocado que surjan problemas tanto de igualdad e integración de la Mujer en las FAS, como de conciliación de la vida profesional, personal y familiar, pese a que, como tendremos ocasión de analizar normativamente y ya avanzamos, se han producido las modificaciones normativas necesarias para fomentar la igualdad y la conciliación familiar y laboral, así como para la protección frente a la violencia de género.

La comprensión de la posición y los papeles que las mujeres desempeñan actualmente en la organización militar exige la descripción previa del proceso de reformas legislativas a través de las cuales se han ido ampliando sucesivamente sus posibilidades de acceso, y adoptando las necesarias medidas que tiendan a fomentar su igualdad plena, que analizaremos pormenorizadamente en este estudio, pero que resumidamente, como líneas generales, podemos adelantar que, aunque con anterioridad a 1988 las mujeres no estaban totalmente excluidas de las FAS españolas, en todo caso desempeñaban no más que funciones auxiliares o administrativas. La novedad que se introduce en esa fecha, y que la convierte en el punto de partida del proceso de incorporación de las mujeres a las FAS propiamente dicho, es la posibilidad del acceso femenino a veinticuatro escalas y cuerpos de los tres ejércitos por el R.D. Ley 1/1988, de 22 de febrero.

Sólo un año más tarde, la Ley 17/1989 de 19 de julio ampliaba las posibilidades de alistarse en todos los cuerpos y escalas de los tres ejércitos, renovando la garantía de promoción en las mismas condiciones que los hombres. Pese a esta igualdad en la incorporación, el sistema mantenía diferencias en los destinos. Por una parte, se decretaba que las normas para la provisión de destinos podían fijar particularidades para las mujeres, derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas. Por otra parte, se impedía a las mujeres la opción a puestos de tipo táctico u operativo en unidades como la Legión, operaciones especiales, paracaidistas y cazadores

paracaidistas. Las mujeres tampoco podían formar parte de las fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos, ni de buques menores –cuyas condiciones estructurales dificultaran su adecuado alojamiento–.

Posteriormente, y como proclamación explícita del principio de igualdad, el Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, vino a establecer que si bien los militares de reemplazo únicamente podían ser hombres, en cambio, la condición de militares de empleo sería adquirida, sin discriminación por razón de sexo, por quienes ingresaran voluntariamente con carácter profesional en las FAS. Sobre esta base, el dispositivo normativo en materia de acceso a la institución militar quedaba finalmente consolidado con la aprobación, en 1999, de la Ley de Régimen del Personal de las FAS que ya dispuso la supresión de cualquier limitación y restricción persistente respecto de todos los destinos dentro de las FAS; desde entonces las mujeres tienen formalmente acceso a todos los puestos, incluso los de tipo táctico u operativo, aunque paralelamente, se reconoce la posibilidad de adoptar criterios diferenciales en la evaluación de las capacidades físicas para cada sexo.

Pero será a partir del año 2001, con la desaparición del Servicio Militar Obligatorio, cuando verdaderamente se produzca una auténtica progresión significativa en todos los niveles de la participación de la mujer en las FAS, y será también como hemos visto, desde la ley 17/1999 cuando paralelamente se apruebe la normativa necesaria para favorecer su incorporación en las FAS de forma igualitaria, y se adopten las medidas necesarias al efecto.

Estas disposiciones normativas que pormenorizadamente analizaremos, convierten al sistema español en uno de los más progresistas de nuestro entorno, equiparable al de los países nórdicos. Contrariamente, otros países miembros de la OTAN con más experiencia en esta materia, como por ejemplo Francia, el Reino Unido, Alemania y EEUU, todavía mantienen algunas limitaciones.

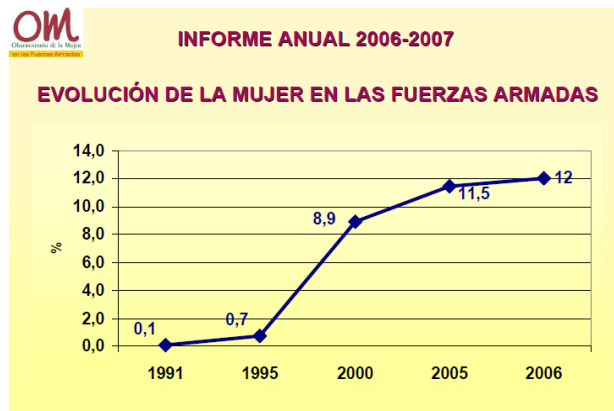
Según los datos estadísticos publicados por el Observatorio de la Mujer (actualmente Observatorio para la igualdad) de las FAS y en la web del Ministerio de Defensa, para un análisis comparativo de la incorporación de la mujer en las FAS en relación con esos hitos normativos que hemos señalado, en la convocatoria de 1988, por primera vez se presentaron 31 mujeres, de las cuales aprobaron e ingresaron en el Ejército seis, incorporándose a filas dentro de Cuerpos Comunes de las FFAA –Jurídico, de Intervención, de Sanidad y de Música–. Sólo un año más tarde el número de aspirantes femeninas a estos Cuerpos Comunes se había multiplicado por 10 y casi por cinco el de las que finalmente lograron ingresar. Para el resto de los Cuerpos de los tres Ejércitos (Generales, Ingenieros, Intendencia y Especialistas), la presencia femenina se demoró hasta la convocatoria de 1990. De las 85 mujeres que entonces se presentaron a las pruebas de acceso, aprobaron sólo dos, ingresando una en el Ejército de Tierra y otra en la Armada.

Inmediatamente después de la aprobación del Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, en febrero de 1993 tuvo lugar la primera convocatoria de ingreso para militares profesionales de tropa y marinería. En la misma participaron 2.210 mujeres –18% del cuerpo de aspirantes–, 82 de las cuales superaron las pruebas; es decir, sólo el 2,7% de quienes finalmente ingresaron en la institución militar fueron mujeres. En el año 2000 casi una cuarta parte de las solicitudes de ingreso (un 23,1%) fueron cursadas por mujeres, de las cuales aproximadamente la mitad obtuvieron una plaza en las FAS.

Desde que en 1993 se permitió el acceso a la condición de Tropa y Marinería de las mujeres, su porcentaje sobre los efectivos de tropa y marinería no ha parado de crecer, registrándose un incremento medio anual del 60% desde 1998. Si en 1994 las mujeres soldados profesionales representaban sólo el 2,18% del total, en el año 2001 la presencia femenina se elevaba al 12,2% de la tropa y marinería profesionales, y el porcentaje crecía hasta el 14,3% en 2002, superando el 20% en 2004. Rompiendo esta tendencia

creciente, a mediados de 2005 el número de mujeres sirviendo en las FAS españolas como personal de tropa y marinería se situaba en torno al 17% del total de efectivos, superando nuevamente el 20% en 2006, pero cayendo después progresivamente hasta el actual 12,7%³⁹⁵.

En relación al porcentaje de mujeres en las FAS españolas respecto al total de los efectivos, la evolución se puede observar en estas gráficas, extraída del Observatorio Militar para la Igualdad, a uno de enero de 2018³⁹⁶:



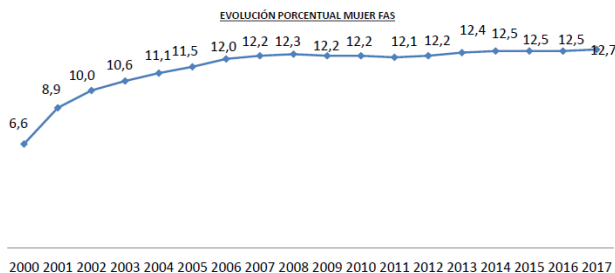
³⁹⁵ En una nota de prensa publicada por el Ministerio de Defensa, reflejada en el diario La Vanguardia, el día de la mujer el pasado 8-03-2016 se hacía referencia a que “España, con 12,5 % mujeres militares, entre países OTAN mayor nivel igualdad”, reflejando que España, con el 12,5 por ciento, se sitúa en tercer lugar, tras Francia, con un 19 por ciento y EE.UU. con el 14,5 por ciento. <http://www.lavanguardia.com/politica/20160308/40294846150/espana-con-12-5-mujeres-militares-entre-paises-otan-mayor-nivel-igualdad.html> (última visita el 29/05/2017). Sin embargo, en otro artículo posterior https://elpais.com/elpais/2017/11/16/media/1510855231_339471.html (última visita el 14/01/2018) más reciente se nos sitúa en el puesto 11º.

³⁹⁶ Se puede consultar el informe completo en el siguiente enlace: <http://www.defensa.gob.es/ministerio/organigrama/subdef/digenper/omi/> (última visita el 03/06/2018).



INFORME ANUAL 2017

EVOLUCIÓN DE LA MUJER EN LAS FUERZAS ARMADAS



En general, las cifras revelan una correlación significativa entre las etapas de supresión de las limitaciones y restricciones formales al acceso de la mujer en las FAS, pero un arranque significativo a partir de 1995 por la incorporación de la mujer como Tropa y Marinería profesional, y sobre todo, desde el año 2001, en que, como hemos visto, se produjo la supresión del servicio militar obligatorio, cuyos componentes eran exclusivamente varones.

A modo de conclusiones, en perspectiva comparada, como vemos, España coincide con otros países con mayor experiencia con mujeres en sus Ejércitos, como son EEUU y Canadá, en el hecho de que existe una especial representación de mujeres en las estructuras de personal complementarias, es decir, en los cuerpos comunes de las FAS, frente a los puestos de combate.

Desde otro punto de vista, un logro especial del caso español ha sido que en un período relativamente breve, España ha alcanzado un porcentaje femenino sobre los efectivos militares totales que aunque todavía limitado, nos sitúa entre los países de nuestro entorno con mayor porcentaje de mujeres militares. Al mismo tiempo, y aunque en estos momentos España no constituye una excepción a la situación internacional generalizada de infrarrepresentación militar femenina especialmente destacada entre los puestos de mando, ello es porque todavía no se ha dado el tiempo necesario para que las

mujeres que ingresaron en su día en las FAS alcancen los empleos superiores, y por tanto, se llegue a alcanzar un porcentaje mayor de mandos³⁹⁷.

En términos de factores explicativos de la integración de las mujeres en el Ejército, el caso español refleja un fenómeno muy similar al vivido anteriormente en EEUU. En este sentido, el déficit de personal planteado por la profesionalización de la organización militar y, por consiguiente, importantes razones instrumentales estuvieron muy en la base de la apertura del ejército a las mujeres³⁹⁸, en cambio su justificación se ha sustentado, como hemos visto, en la defensa de valores universales y la de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, que en nuestro caso ha estado muy coetáneamente ligado en relación a la aparición en las mismas fechas

³⁹⁷ Son interesantes, a modo de conclusiones de este subapartado, el artículo publicado por la Ex Subsecretaria de Defensa, DOMÍNGUEZ-ALCAHUD, I., “*La mujer en las Fuerzas Armadas*” en *Revista Ecofin* el 18/7/2013 <http://ecofin.es/mujer/la-mujer-en-las-fuerzas-armadas/> (última visita el 29/05/2017), o el de MIGUEL GONZÁLEZ “*La crisis económica frena la feminización en el Ejército*”, diario EL PAÍS, también del 18-08-2013, donde no sólo se reflejan datos de la evolución de la incorporación de la mujer en las FAS desde el punto de vista estadístico y normativo, sino también la experiencia práctica de situaciones de discriminación efectiva de la mujer en las FAS, muchas de ellas recientes y que además, están perfectamente contrastadas con la realidad, por haber conocido muy de cerca dichas situaciones directamente el autor de este trabajo. Este artículo puede leerse en el siguiente enlace: http://politica.elpais.com/politica/2013/08/17/actualidad/1376750945_635552.html (última visita el 29/05/2017)

³⁹⁸ También en esta época coincide la apertura de las Fuerzas Armadas al personal extranjero (desde el año 2002 los extranjeros con un vínculo especial con España (De países suramericanos (excepto Cuba) y Guinea Ecuatorial)), lo que demuestra la auténtica necesidad de efectivos para completar el ejército profesional en ese momento en que no llegaba a un solicitante por plaza convocada, si bien en la actualidad, con la crisis económica se ha reducido drásticamente el número de extranjeros en el Ejército Español. Un interesante artículo se puede ver en: http://politica.elpais.com/politica/2016/08/12/actualidad/1470994588_527779.html (última visita el 4/06/2017)

de una normativa de violencia de género y conciliación de la vida familiar laboral.

4. Análisis de la normativa laboral en materia de género, así como de su adaptación al ámbito de las Fuerzas Armadas.-

Como podremos analizar a continuación, en las Fuerzas Armadas se ha producido, en materia de integración de la mujer, una adopción de la normativa propia de otros ámbitos laborales en materia de violencia de género y en aras a la conciliación de la vida familiar y laboral, configurándose una “igualdad legal”, “para evolucionar, una vez conseguida esta, hacia la igualdad efectiva y real de los miembros de las Fuerzas Armadas españolas³⁹⁹”.

No obstante, como ya hemos afirmado, dicha igualdad efectiva no se ha producido todavía, y quedan muchas actuaciones pendientes de realizar.

El periodista Carlos del Castillo, para señalar que la mujer en el Ejército ha sido "integrada" pero no "asumida" por la institución, en relación al debate sobre igualdad de la mujer en las Fuerzas Armadas, cita las siguientes palabras de Teresa Franco, secretaria de Igualdad de la Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), la principal Asociación Profesional de Militares existente en la actualidad: "En primer lugar habría que determinar qué es la igualdad. ¿Igualdad numérica? No la hay. ¿Igualdad es igualdad legal? Entonces está más conseguido, porque los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos. ¿La igualdad es la capacidad de

³⁹⁹ CABALLUD HERRANDO, M.B., “Aportación de la mujer militar en las Fuerzas Armadas españolas a la defensa y la seguridad”, (op. cit.)

tomar decisiones que tienen las mujeres? Entonces es cero. La igualdad en ese aspecto no ha llegado a las Fuerzas Armadas"⁴⁰⁰.

Y como también hemos ido concretando, si bien el legislador español prestó atención tan sólo, en materia de paliar la discriminación hacia la mujer en nuestra sociedad patriarcal, a las situaciones de violencia sobre la misma en el ámbito familiar, que han generado un amplio abanico de medidas protectoras de toda índole⁴⁰¹, entre las múltiples facetas en las que se puede observar esta situación de dominación del hombre sobre la mujer, el otro aspecto en el que más se han producido avances legislativos y se han obtenido importantes pronunciamientos jurisdiccionales es en el ámbito de la discriminación laboral hacia la mujer, aspecto de especial relevancia para el presente trabajo, que pretende circunscribirse al ámbito de las Fuerzas Armadas como ámbito laboral estatutario propio y específico.

Con ello no se descarta que puedan existir situaciones de violencia de género en sentido estricto entre miembros de las Fuerzas Armadas (pues ya en la práctica existen múltiples parejas en las que ambos miembros pertenecen a estas instituciones, y de hecho, profesionalmente por el autor de este trabajo se han conocido casos de violencia de género entre militares y guardias civiles), pero obviamente, el planteamiento de este estudio no puede circunscribirse a estas situaciones, sino que pretende abarcar más generalmente la situación de discriminación que pueda observarse

⁴⁰⁰ CARLOS DEL CASTILLO, "MACHISMO INSTITUCIONAL ¿Cuánto manda la mujer en el Ejército?" Madrid 08/09/2016 <http://www.publico.es/politica/manda-mujer-ejercito.html> (última visita el 29/05/2017).

⁴⁰¹ Recordemos la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral frente a la violencia de género.

hacia la mujer en este ámbito laboral propio de las Fuerzas Armadas, donde sólo recientemente han podido acceder.

Y para la realización de este estudio, comenzaremos por abordar con carácter general, tanto la evolución jurisprudencial como normativa en este ámbito, para, después, proceder a la aplicación y análisis de esa normativa y jurisprudencia general en relación al tema particular que nos ocupa, esto es, en el ámbito concreto de las Fuerzas Armadas, pues de esta forma, el estudio paralelo de los distintos ámbitos laborales nos hará comprobar si en el ámbito de las FAS, al menos normativa o “*formalmente*” se ha procedido a una adecuada adaptación normativa de estas medidas positivas que tienden a favorecer la igualdad de la mujer.

a. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de Discriminación laboral de la mujer.

Para el análisis de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, hay que partir de la diferenciación clara entre distintas figuras conceptuales⁴⁰²:

- *Discriminación directa*⁴⁰³, la cual consiste en el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, con independencia de los motivos que hayan movido al causante; es la primera y más clara exigencia del principio de no discriminación por razón de sexo; dentro de las discriminaciones

⁴⁰² SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo” en RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coords.) *Discriminación Versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, (op.cit.) pp. 365-398.

⁴⁰³ Art. 6. 1 de la L.O. 3/2007 de 22 de marzo (BOE nº 71 de 23 de marzo), para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres: “*Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.*”

directas cobran especial relevancia y tratamiento unánime los tratos desfavorables a las mujeres por razón de su embarazo, por ser una condición que afecta exclusivamente a las mujeres (SSTC 166/88 y 173/94).

- *Discriminación positiva o acción positiva*⁴⁰⁴ –entendidas en sentido amplio, como el deber que el constituyente impone a los poderes públicos para conseguir que la igualdad sea real y efectiva–. Esta discriminación consiste en una serie de medidas que se toman para favorecer la igualdad y son discriminatorias hacia los hombres, pero en la medida en que tienden a compensar desigualdades, como hemos visto, están plenamente legitimadas. (v.g. la STC 128/87 entiende no discriminatorias las ayudas de guardería establecidas exclusivamente para las empleadas de una empresa). Una variedad de la acción positiva es la discriminación inversa, que se produce cuando se crea una preferencia para la mujer en situaciones de concurrencia abierta entre personas de ambos sexos (cuotas reservadas para el personal femenino en puestos de trabajo, puestos electorales, etc., o tratos preferentes para la mujer en caso de igualdad de méritos con los hombres, siempre que este colectivo esté infrarrepresentado en el ámbito laboral, social o económico en cuestión)⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Artículo 11.1 L.O. 3/2007 de 22 de marzo (BOE nº 71 de 23 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, define las Acciones positivas de la siguiente forma: “1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”, permitiéndose a continuación en el apartado 2 también la adopción de estas medidas por personas físicas y jurídicas privadas.

⁴⁰⁵ La discriminación positiva debe separarse de las “acciones protectoras” que parten de una situación de “debilidad” o inferioridad de la mujer, y que, como

- Por último se puede hablar de *discriminación indirecta*⁴⁰⁶, concepto que nace en Estados Unidos (GRIGSS vs. DUKE POWER COMPANY (1971) planteándose una discriminación indirecta entre personas de distinta raza (no sexo), ante una exigencia, para el acceso a un determinado empleo, de haber completado los estudios secundarios, cuando éstos no parecían necesarios para su desempeño, y con ello, indirectamente se estaba evitando la contratación de personas de raza negra que porcentualmente sólo en una minoría habían alcanzado dichos estudios), y posteriormente, en el derecho comunitario, utilizándose por primera vez en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el 15-06-1975 (Asunto DEFRENNE)⁴⁰⁷, para posteriormente, en la Directiva 97/80 de 15-12-1997 sobre inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, establecerse por primera vez en un texto legal la definición de discriminación indirecta por razón de sexo en los siguientes términos: “1.- *Se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta. 2.- A efectos del principio de la igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción substancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario, y pueda*

hemos indicado y veremos a continuación, constituyen una desigualdad proscrita por el art. 14.

⁴⁰⁶ Art. 6.2 LO 3/2007, de 22 de marzo (BOE nº 71 de 23 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: “*Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.*”

⁴⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia de 15-06-1975 (Asunto DEFRENNE(C-149/77)) ECLI:EU:C:1978:130.

justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo” (art. 2).

Esta definición se incorpora en las directivas 2000/43 de 29 de junio, relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la directiva 2000/78, de 27 de noviembre, marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que establece lo siguiente:

“existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinada, respecto de otras personas, salvo que:

a) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

b) O que respecto de las personas con discapacidad determinadas, el empresario o cualquier persona u organización a la que se le aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 para eliminar las desventajas que supone esta disposición, ese criterio o esa práctica”.

Finalmente con la Directiva 32/2001 se incluye la referencia también al sexo. Disponiéndose en su art. 2.2. que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe al personal de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

En el ámbito del Tribunal Constitucional Español, se encuentra la definición en la STC 145/1991⁴⁰⁸ (Caso de limpiadoras y peones del Hospital Provincial de Madrid) que establece que la discriminación indirecta “*incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo*” (FJ 2º).

Una discriminación indirecta sería, por ejemplo, que se exigiera una talla igual para el acceso a un empleo para hombres y mujeres (cuando porcentualmente son más bajas las mujeres) sin que una concreta y determinada talla en sí resulte necesaria para el desempeño del trabajo; o unas condiciones físicas determinadas (como criterio único de valoración) para con ello excluir de forma genérica a las mujeres (por exigirse una fuerza o condiciones físicas tales que la mayoría de las mujeres no puedan disponer), cuando no sea preciso el empleo de la fuerza en el desempeño específico del concreto puesto de trabajo o empleo⁴⁰⁹.

Otro supuesto de discriminación indirecta, por ejemplo, sería el caso de establecer como mérito para la promoción el trabajo el tiempo que se haya prestado éste a jornada completa, cuando las

⁴⁰⁸ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1784>

⁴⁰⁹ En este sentido, y *a sensu contrario* una reciente Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Bilbao, Sentencia 15/2013, de 29 de enero de 2013 (LA LEY 35267/2013). Ponente: Pita Rasilla, María Fermina, establece, con un resumen de la doctrina constitucional a la que hemos aludido, que la existencia de parámetros diferentes en relación con las pruebas físicas en atención al sexo de los participantes en el procedimiento de selección de los militares, no es contraria al principio de igualdad, pues es la diferente naturaleza física entre hombres y mujeres la que puede justificar esa diferencia de trato entre sexos.

mujeres, tradicionalmente por motivos familiares, son las que más piden reducción de jornada o trabajo a tiempo parcial.

Ahora bien, hay que partir de la base de la dificultad de la prueba de la discriminación indirecta, y por ello, el TC en esta resolución invierte la carga de la prueba al empresario, bastando indiciariamente, por datos estadísticos, demostrada la discriminación, salvo que se justifique plenamente la diferencia de trato por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

Un resumen detallado al respecto de la evolución de la Jurisprudencia constitucional en este ámbito se contiene en la STC 26/2011, de 14 de marzo⁴¹⁰, F.D. 4º, cuando establece lo siguiente:

“la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; y 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4). De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; y 41/2002, de

⁴¹⁰ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2011-6541.pdf>

25 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (SSTC 128/1987, FFJJ 7 y ss.; 19/1989, FJ 4; 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 3/1993, de 14 de enero, FJ 3; y 109/1993, de 25 de marzo, FJ 5, por todas).”

En este sentido, en la STC 109/1993⁴¹¹ (lactancia- reducción de jornada por hijos menores de 9 meses del Estatuto de los Trabajadores de 1980) reconocida sólo a las mujeres, el Tribunal Constitucional la permite diciendo que es una medida de acción positiva para paliar la situación de desventaja de la mujer, sin perjuicio de que el legislador pueda ampliar ese beneficio al hombre (como así ha ocurrido) o limitarlo.

Es difícil discernir en ocasiones, como ya anticipábamos, las “acciones positivas” de las “acciones protectoras”; en este sentido, la STC 317/1994⁴¹² establece dos criterios (F.J.2º):

- Que la medida no sea contraria al principio de igualdad de trato, es decir, que no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo.
- Que la medida no tienda a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados, o consolidar una situación

⁴¹¹ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2238>

⁴¹² <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2834>

discriminatoria contra la que se reacciona. (Caso de la STC 229/1992⁴¹³ sobre el trabajo de la mujer en las minas).

En definitiva, en cuanto a las *discriminaciones directas*, el TC ha abierto una línea clara de prohibición de discriminación laboral por razón de embarazo y maternidad con el objeto de facilitar y fomentar la incorporación de la mujer al mercado laboral. Así se ha considerado discriminatoria la resolución de la relación laboral de una mujer embarazada en período de pruebas (SSTC 94/1984, de 16 de octubre⁴¹⁴, y 166/1988, de 26 de septiembre⁴¹⁵), la no renovación de un contrato temporal por la misma razón (STC 17/2003⁴¹⁶ o STC 74/2008⁴¹⁷), y una inversión de la carga de la prueba para el empresario cuando se invoca la violación directa del derecho de igualdad (en general) y se aporta un principio de prueba de tal vulneración. Esta última Sentencia referenciada (STC 74/2008), en su F.J.2º contiene también una clara exposición y resumen jurisprudencial de lo manifestado⁴¹⁸:

“Como ha recordado en diversas ocasiones este Tribunal, este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por

⁴¹³ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2116>

⁴¹⁴ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/347>

⁴¹⁵ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1107>

⁴¹⁶ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4792>

⁴¹⁷ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6306>

⁴¹⁸ En idéntico sentido STC 92/2008, de 21 de julio de 2008, Sala Primera, recaída en Recurso de amparo 6595-2006 (FJ 3º y 4º).
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6324>

todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). Hemos afirmado así que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo” (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4).

Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, o motivados por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo (STC 17/2007, de 12 de febrero, FJ 6), al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE; la doctrina de este Tribunal ha estimado diversos recursos de amparo por este motivo también en relación con decisiones no causales, a saber, en concreto, respecto de la resolución del contrato de trabajo en periodo de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación del contrato de trabajo temporal (STC 173/1994, de 7 de junio). Ciertamente, como hemos dicho en la STC 17/2003, de 30 de enero (FJ 3), la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su

condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado.

En fin, este Tribunal viene reiterando desde su STC 38/1981, de 23 de noviembre, que, cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (por todas, reproduciendo esa doctrina, SSTC 29/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4)⁴¹⁹

⁴¹⁹ Reiteradamente se ha exigido por el TC para entender que se ha producido un despido discriminatorio por razón del embarazo, acreditar que el empresario tenía conocimiento de la situación de embarazo cuando se produce el despido (FJ 4º STC 92/2008), ahora bien (FJ 8º de la misma Sentencia, que supone por primera vez una excepción a dicha regla general) “la reforma del legislador de la Ley 39/1999, denominada «de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras» ... añadiendo al supuesto de nulidad ya contemplado en el art. 55.5 LET para el caso de despidos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales, un nuevo supuesto que, en lo que aquí interesa, declara también la nulidad («será también nulo» dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo...lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo”. En definitiva, se añade una causa de nulidad “objetiva” distinta de la causa de nulidad

Sobre las *discriminaciones indirectas*, y la prohibición de las medidas paternalistas (*acciones protectoras*), los casos son más indefinidos y hay que estar a las circunstancias concretas para su valoración (serían un ejemplo de las primeras la STC 286/94⁴²⁰ (Galletas Fontaneda S.A.- diferenciación del personal por sexos en secciones de producción y envasado), la STC 145/91⁴²¹ (peones y limpiadoras del Hospital Gregorio Marañón), y de las segundas la STC 229/92⁴²² (trabajo de la mujer en las Minas, tradicionalmente prohibido incluso en normativa europea, pero habiendo desaparecido las circunstancias por las que se impuso tal prohibición).

Cuestión diferente serían las *medidas de discriminación inversa*; esto es, las medidas que establecen preferencia a las mujeres respecto de los varones en aquellos sectores en los que están infra representadas.

En este sentido, sobre estas medidas polémicas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (ej. Sentencia *Marschall*

del despido por discriminación, que no exige ese conocimiento por el empresario de la situación de embarazo (en el mismo sentido FD 3º STC Sala Segunda, Nº 124/2009, de 18 de mayo de 2009. Recurso de amparo 11224-2006). Es de señalar, sin embargo que, según la reciente STC (Pleno) de 10-10-2013, recurso de amparo núm. 3773-2011, en su fundamento de derecho 4º, esta doctrina no es aplicable a los casos de “desistimiento” del contrato por el empresario durante el período de prueba (pues en este caso no estamos ante una situación de despido causal del art. 55.5.b) ET, sino de desistimiento del art. 14 ET, donde no es necesario justificar el referido desistimiento, y sólo cabrá valorar si efectivamente en el mismo ha existido una discriminación por razón del embarazo, y entonces sí que se exige el conocimiento del empresario de esta circunstancia. (Sentencia que, no obstante, con los votos particulares del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré (al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y los Magistrados don Luis I. Ortega Álvarez y don Juan Antonio Xiol Ríos) puede dejar abierto el debate al respecto).

⁴²⁰ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2803>

⁴²¹ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1784>

⁴²² <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2116>

1997⁴²³) acepta la discriminación inversa siempre y cuando se evite un automatismo en perjuicio de los varones, debiendo constatarse la infrarrepresentación. En nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 40/2011, de 31 de marzo⁴²⁴, se inadmite el recurso de inconstitucionalidad en relación al art. 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica el art. 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía, estableciendo una obligatoriedad de alternancia por sexo en las candidaturas (paridad de sexos en las candidaturas electorales) y en cuyo F.D. 7º se establece que:

“Y en virtud del art. 9.2 CE se persigue que ese equilibrio material se traslade desde la sociedad a los órganos políticos de representación ciudadana”. (STC 12/2008, FJ 7). El legislador autonómico ha configurado, en definitiva, un sistema con arreglo al cual, a partir de la conjunción de sus preceptos con el art. 44 bis LOREG de directa aplicabilidad en los procesos electorales autonómicos, hombres y mujeres han de tener en las listas electorales, siempre y en todo caso, una presencia del 50 por 100, de manera que, a diferencia del caso examinado en la STC 13/2009, a los hombres no se les garantiza únicamente el 40 por 100 de los puestos. No estamos, por tanto, ante un tratamiento diferenciado de hombres y mujeres, sino ante una fórmula de paridad absoluta con la que se pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública (STC 13/2009, FJ 11). Se trata, en definitiva, de una medida legislativa formalmente neutra que se orienta a corregir el carácter minoritario de la presencia femenina en el ámbito de la representación política y a lograr en su seno la igualdad material entre hombres y mujeres. En tal sentido, aun sin la intensidad de las medidas de discriminación inversa propias

⁴²³ Puede consultarse en el siguiente enlace en español: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43455&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85803>

⁴²⁴ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6822>

del llamado “derecho desigual igualatorio”, a paridad impuesta en la norma objeto de este recurso de inconstitucionalidad se dirige al cumplimiento del mandato de efectividad en la igualdad contenido en el art. 9.2 CE”.

Para concluir, se pueden agrupar las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, en materia de discriminación de sexo -que se mueven en el ámbito de la discriminación laboral que es lo que nos interesa en este estudio-, en los siguientes grupos⁴²⁵:

a) El *esfuerzo físico* como criterio diferencial del valor retributivo⁴²⁶.- Se parte del principio de a igual trabajo, igual remuneración, pero también se analiza el igual valor. Así, por ejemplo se ha declarado una discriminación indirecta (STC 145/1991- Gregorio Marañón) la diferencia entre las categorías de peones y limpiadoras, exigiéndose al empleador que justifique las diferenciaciones salariales, y si dichas diferencias no son neutrales en cuanto al sexo, se consideran discriminatorias (en igual sentido STC 58/1994, 147/95, y 198/96), aunque hay un paso atrás con la STC 286/94 y finalmente la STC 250/2000 establece que no cabe partir de que el esfuerzo físico sea un criterio absolutamente rechazable sin fisuras (en esta Sentencia se parte de una posición diferente, pues era un recurso de un sindicato frente a una norma que había pactado él mismo, y por tanto, no se utiliza el criterio de inversión de la carga de la prueba).

⁴²⁵ RIDAURA MARTINEZ, M. J., “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español” en RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coords.) *Discriminación Versus Diferenciación* (Especial referencia a la problemática de la mujer), op. cit., Págs. 213-264.

⁴²⁶ Fernando Rey indica que es una jurisprudencia vacilante (REY MARTÍNEZ, F: “principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 435.

b) Los *tratos desfavorables basados en el embarazo o en la maternidad por afectar sólo a la mujer, constituyen discriminación por razón de sexo* (SSTC 94/84, 166/88, 173/94, 136/96, 203/2000, 20/2001 (Compatibilidad situación de interinidad con excedencia cuidado hijo). En la STC 229/92, 109/93, 94/1984, 166/88, 173/94 y 136/96 se reconoce expresamente que la maternidad, el embarazo y el parto, como realidad biológica diferencial objeto de protección, al amparo de lo establecido en el art. 39.2 CE obliga a establecer una protección especial en este ámbito, que exige que se revise especialmente si el trato desfavorable se ha debido a dicha situación, sin necesidad de término comparativo alguno (pues el hombre no puede compararse en este aspecto).

c) *Inversión de la carga de la prueba en despidos por discriminación.*- (STC 38/81, 136/2001, 207/2001.- Siempre y cuando se prueba por el demandante indiciariamente que el despido está originado en la discriminación)⁴²⁷.

d) Necesidad de realizar *acciones positivas* por mandato del art. 9.2 “La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo, y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato

⁴²⁷ lo anterior habría que añadir que en virtud de lo establecido en el art. 13.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo (BOE nº 71 de 23 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: “1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.” Si bien en los procesos penales no es aplicable esta regla, según el apartado 2 de este mismo artículo.

más favorable, ya que se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas” (STC 128/1987) en el mismo sentido SSTC 166/88, 19/89, 216/91, 28/92, 3/93, 109/93 o 16/95).

e) *Eliminación de medidas protectoras que en realidad supongan un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo que los varones* (STC 28/1992 y 229/1992 (trabajo de la mujer en la mina)). El F.D. 3º de la STC 28/1992⁴²⁸ (plus de transporte para las trabajadoras femeninas en turno nocturno de Telefónica) establece:

“como ha dicho la STC 216/1991 "no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida - antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial" (fundamento jurídico 5º).

De este modo, la prohibición de la discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares en favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares, pero, al mismo tiempo, exige la eliminación, en principio, de las normas protectoras del trabajo femenino, y que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones. Así ha de valorarse, en consecuencia, si la norma convencional es una norma "protectora", que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería constitucionalmente ilegítima, o, al contrario, es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón.

⁴²⁸ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1915>

No existen elementos, ni en los antecedentes de la norma convencional, ni en la resolución judicial que permitan entender que estamos ante una medida establecida para favorecer la promoción del trabajo de la mujer, sino más bien, al conectarse la norma convencional con la eventual peligrosidad del transporte por la noche, se parte de una noción diferenciadora de la mujer a la que se supone sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón, y por ello mismo, ha de calificarse como de una norma protectora en favor de la mujer, y desde esa perspectiva ha de examinarse si la misma es compatible con el mandato de parificación del art. 14 C.E., que es precisamente el instrumento más directo para lograr la igualdad entre los sexos.”

Recordando, además, que “Cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el citado precepto considera discriminatorias – en este caso, el sexo- y tal invocación se realiza precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por la discriminación – en este caso, las mujeres- el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva o razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.” (STC 145/1991 F.D. 2º in fine).-

b. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de discriminación laboral de la mujer.-

En este análisis jurisprudencial sobre la materia que nos ocupa, también es de destacar la evolución operada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al que se reconoce

doctrinalmente un tinte progresista y avanzado en materia de igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer⁴²⁹.

“La maternidad a menudo es vista por los empresarios simplemente como motivo seguro de absentismo laboral, peor condición física y aptitud para el trabajo, así como eventual causa de enfermedad”⁴³⁰, por lo que el TJCE ha puesto especial denuedo a favor de los derechos laborales de las mujeres que van a ser madres o ya lo son, esto es, sobre el embarazo y la maternidad, en la misma medida que el Tribunal Constitucional español; muestra de las mismas son:

a) *Despido de trabajadoras embarazadas.*- En el Caso 400/95⁴³¹, se interpreta la Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en relación a que esta norma NO contempla la protección para la mujer que se encuentra en esta circunstancia (despido por largos períodos de baja por embarazo y maternidad), aunque se analiza que esta situación varía con la Directiva 92/1985 (que prohíbe el despido de la mujer desde que está embarazada hasta el término del permiso de maternidad) pero como esta directiva no estaba en vigor, en el caso de la Sra. LARSSON no la aplica todavía. Será a partir de la Sentencia C-394/96⁴³² MARY

⁴²⁹ Véase en este sentido SANZ CABALLERO, S., “Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres” en *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, op. cit., Págs. 265 a 364.

⁴³⁰ *Ibidem*, Pág. 270.

⁴³¹ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100791&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2775772>

⁴³² <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43972&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2776167>

BROWN/RENTOKIL cuando ya se produce la aplicación plena de la directiva.

b) *Derechos de las trabajadoras en bajas por maternidad.*- El TJCE establece que no se puede reducir la retribución en mayor medida que por circunstancia de enfermedad común según la normativa comunitaria, aunque la propia deducción de cualquier retribución (que no sea directamente relacionada con el resultado directo del desempeño del puesto laboral (productividades por horas, incentivos por rendimientos, etc.) consideramos que sí constituiría una discriminación por cuanto el hombre no puede tener “bajas por embarazos”.

c) Para el caso de *trabajadoras con cargas familiares.*- En el C- 312/94, caso ALEMÁN de la prestación de crianza (complemento para trabajadores a tiempo parcial con hijos pequeños para favorecer el cuidado de estos y su educación), se considera como una discriminación o acción positiva, y en relación a la Promoción profesional de las trabajadoras con cargas familiares se pueden citar los C-1/95⁴³³ y C-243/95⁴³⁴. El primero, sobre una funcionaria alemana que decide estar a tiempo parcial para el cuidado de su hijo, y en un concurso de méritos se le descuenta el tiempo permanecido trabajando a tiempo parcial; el TJCE dice que aunque el tiempo parcial se compute por igual a trabajadores masculinos y femeninos, y por tanto parece una medida neutra, en realidad perjudica en gran medida a las mujeres, pues el 87% son las que optan por el trabajo a tiempo parcial en la Administración alemana para poder compaginar sus tareas como trabajadoras y como madres; con ese dato objetivo, y por la necesidad de proteger a la mujer en la vida familiar, y al

⁴³³<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100151&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2776598>

⁴³⁴<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43938&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2776914>

mismo tiempo, el desarrollo de su actividad profesional, considera la medida discriminatoria (esto sería un ejemplo de discriminación indirecta para la mujer, según antes hemos analizado).

En el mismo sentido, el segundo de los casos citados (supuesto de una trabajadora irlandesa), se recurre que en la legislación de ese país se dice que el trabajador a tiempo parcial que se incorpora a tiempo completo, se incorpora en una categoría profesional inferior a la de los trabajadores que han estado siempre a tiempo completo, considerándose por el TJCE que esta forma de clasificación supone una discriminación hacia la mujer, ya que la política comunitaria debe favorecer y adaptar las condiciones de trabajo a las cargas familiares.

d) En el caso de discriminación laboral de la mujer por razón de *trabajo igual valor*, se puede citar el caso DEFRENNE (C-149/77)⁴³⁵, (azafata de vuelo Belga que percibía menos retribuciones que el compañero de vuelo masculino que hacía igual función (aunque se le denomina “sobrecargo”)).

Como apunte final nos gustaría indicar que, con carácter previo a estas respuestas jurisdiccionales, las cuales tan sólo llegan tardíamente cuando el daño ya se ha producido para el afectado y en muchas ocasiones es irreparable, tal y como ha puesto de relieve algún sector doctrinal, resulta evidente la necesidad de la existencia y puesta en funcionamiento de una *Agencia Española para la igualdad de la mujer en el empleo*⁴³⁶.

⁴³⁵ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89720&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2777184>

⁴³⁶ Véase al respecto GIMÉNEZ GLUCK, D., “La necesidad de una agencia española para la igualdad de la mujer en el empleo” en RIDAURA MARTÍNEZ, M.J. (Coord.) *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, (op.cit.), pp. 121-159. También citar que el Grupo parlamentario Socialista presentó en el Congreso una proposición de ley para la creación de la Agencia para la Igualdad de la Mujer en el Empleo el 5-04-2001

Se parte de la idea generalizada de que una mujer independiente económicamente, que triunfa en su trabajo, presenta una posición social similar a la del hombre, y esa independencia contribuye a la emancipación de su género. La constitución en el art. 14 previene la prohibición de discriminar por razón de género, y en el art. 35, de manera más concreta, la prohibición de discriminar por razón de sexo en el trabajo, pero, pese a ello, las cifras de desempleo y ocupación femeninas demuestran que existe una discriminación real y efectiva hacia la mujer, por lo que, además de esta regulación legal antidiscriminatoria, está claro que hacen falta políticas complementarias de apoyo a la mujer para que pueda competir, en condiciones de igualdad con los hombres, en el ámbito laboral.

Entre estas políticas es donde se ha hablado doctrinalmente de crear esta Agencia Pública especializada en velar por la igualdad de género en el ámbito laboral, más allá de lo que ha actuado en este ámbito el Instituto de la Mujer⁴³⁷, ayudando a recurrir a las mujeres que hayan perdido su empleo por discriminación hacia la mujer, investigando además a las empresas “*sospechosas*” de discriminar, así como asesorar a las Administraciones públicas en materia de Igualdad; en definitiva, implantar en España, exclusivamente para la mujer, una Agencia parecida a la *Equal Employment Opportunity Commisión* (EEOC)⁴³⁸ que existe desde mediados de los años 60 en

(Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Congreso, Serie B nº 131, subíndice 1), pero esta iniciativa fue desestimada con los votos en contra del Partido Popular el 20-03-2002, sin que hasta la fecha se haya vuelto a proponer.

⁴³⁷ Sin desmerecer por ello los informes realizados en este ámbito desde su creación, en el año 2000 del Observatorio para la Igualdad de trato de la mujer, y que pueden comprobarse en <http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observIgualdad/estudiosInformes/home.htm> (última visita el 29/12/2017).

⁴³⁸ <http://www.eeoc.gov/>

EEUU para luchar contra todo tipo de discriminación⁴³⁹, y que es una de las máximas responsables de que en ese país la igualdad de la mujer en el mundo laboral haya avanzado de manera espectacular.

Lo fundamental de esta Agencia americana es su mediación e intervención inicial en el problema, consiguiendo una respuesta rápida y eficaz ante estas situaciones, con carácter previo a la intervención judicial, que desgraciadamente, cuando se produce, y con la tardanza y elevados costes que conlleva generalmente, ya prácticamente no supone, en la mayoría de los casos, una “*tutela efectiva*” de los derechos invocados, pues una tutela judicial tardía ya no es una “*tutela judicial efectiva*”.

c. Evolución normativa para la igualdad de la mujer en el ámbito laboral. La plasmación de la discriminación positiva en nuestro ordenamiento.-

Constatada la existencia real y efectiva de una situación de discriminación laboral hacia la mujer, por los múltiples condicionantes históricos que han contribuido a la asignación de roles a la misma dirigidos fundamentalmente hacia el cuidado familiar, a lo que además contribuye el propio hecho biológico de la maternidad femenina, que conlleva una necesidad efectiva de protección de la mujer en este momento, hasta su recuperación física definitiva. Es necesario que abordemos a continuación los mecanismos jurídicos que se han adoptado en nuestro ordenamiento jurídico positivo con el fin de paliar estas dificultades de la mujer, de protección de la maternidad, de conciliación de la vida familiar y profesional, y en definitiva, para conseguir una incorporación plena y efectiva de la mujer, en condiciones de igualdad real, a los

⁴³⁹ Originariamente surgió para la promoción de la Ley de Derechos Civiles de 1964 conseguida por la lucha de Martin Luther King en pro de los derechos de los negros, así como de la Ley de Igualdad en el Salario de 1963 que prohibía la discriminación salarial de la mujer.

distintos ámbitos laborales, diferenciando éstos según la normativa específica que los regula.

En este trabajo en particular, vamos a abordar, para poder realizar un estudio paralelo que nos ayude a concluir si en el ámbito militar se han adoptado las medidas pertinentes en igual medida de los otros campos normativos de estudio, la evolución normativa de las medidas de protección a la mujer en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores en general, en el ámbito del personal funcionario en general, y por último, en el concreto ámbito estatutario del personal militar.

i. Medidas normativas en el ámbito laboral para los trabajadores en general.

La violencia de género, sin duda la peor manifestación de la desigualdad entre el hombre y la mujer, ha recibido la atención del legislador español en los últimos años, circunstancia que ha contribuido a hacerla visible, extrayéndola del ámbito de la intimidad familiar en la que desde siempre había permanecido⁴⁴⁰; y reflejando una especial intensidad en el ámbito laboral, donde se han ido adoptando progresivamente acciones positivas que tienden a favorecer las condiciones de igualdad de la mujer en el trabajo.

Con carácter general, se pueden destacar tres leyes generales que han afectado conjuntamente a los distintos ámbitos estatutarios laborales diferenciados que hemos establecido para nuestro estudio, el Estatuto de los Trabajadores, el Estatuto propio de los

⁴⁴⁰ GARCÍA TESTAL, E., “Derecho del Trabajo y Violencia de Género” en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Cicur Menor (Navarra) 2012. Thomson Reuters Aranzadi, págs. 245-266.

Funcionarios Públicos, y, el particular Estatuto del personal militar como diferenciado de éstos últimos⁴⁴¹.

Un primer hito en este sentido, que afectará a esos tres estatutos, lo constituye la Ley 39/1999, de 5 noviembre, de *conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, que, en su Capítulo I estableció modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores con esta finalidad de conciliación familiar en general, y particularmente para favorecer las especiales condiciones de la mujer trabajadora, modificaciones referidas a permisos retribuidos; reducción de jornada por motivos familiares; suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento; excedencia para el cuidado de familiares y suspensión con reserva del puesto de trabajo, o extinción del mismo⁴⁴².

Como en su preámbulo se indica, la citada Ley parte de la consideración de que la incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos del pasado siglo XX, siendo necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación

⁴⁴¹ Podríamos diferenciar más marcos estatutarios en nuestro derecho positivo, no obstante, al objeto del estudio de este trabajo vamos a realizar una comparativa general de estos tres ámbitos para ver su regulación paralela y similar, aunque centrándonos con mayor profundidad en el desarrollo del régimen estatutario militar.

⁴⁴² La modificación de estas condiciones laborales para las mujeres trabajadoras conllevaron, necesariamente, una serie de reformas paralelas de normas tales como la Ley de Procedimiento Laboral (Capítulo II); Ley de prevención de riesgos laborales (Capítulo III) o Ley General de Seguridad Social (Capítulo IV); así como con relación a las bonificaciones de cuotas en contratos de sustitución (Capítulo V); y estableciéndose en el Capítulo VI las correspondientes reformas de, la entonces vigente plenamente Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas urgentes para la reforma de la Función Pública y Decreto 315/1964 de Funcionarios Civiles del Estado (Capítulo VII) con las necesarias y paralelas reformas de las entonces vigentes Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y de los Funcionarios Civiles del Estado.

y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

Asimismo se destaca que la conveniencia de conciliación del trabajo y la familia, ya había sido planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social, destacando la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, sobre cuya importancia ya hemos hecho alusión en este trabajo, que consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, así como la existencia de las Directivas comunitarias en materia de maternidad y paternidad (Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre⁴⁴³, y 96/34/CEE, de 3 de junio⁴⁴⁴, dirigidas respectivamente, a la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y al permiso parental y ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres).

Esta ley aplicará en España las directrices marcadas por la citada normativa internacional y comunitaria, incluso superando los mínimos niveles de protección previstos en las mismas, en

⁴⁴³ Relativa a la 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 período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DOUEL 28 Noviembre 1992).

⁴⁴⁴ Relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE (Unión de Industriales y Empleadores de Confederaciones de Europa), el CEEP (Centro Europeo de Empresas con Participación Pública y de Empresas de Interés Económico General) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos) (DOUEL 19 Junio 1996).

cumplimiento de los mandatos Constitucionales del art. 14, 9.2 y 39.1, premisas fundamentales en esta materia y que ya hemos tenido ocasión de desarrollar.

Como segundo hito importante, que también hemos tenido ocasión de adelantar, es de señalar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (LOVG). Esta norma abordó por primera vez de un modo integral la protección a las víctimas de violencia de género, superando los tratamientos normativos parciales que anteriormente se habían desarrollado, no sólo en el ámbito procesal o penal, sino entrando incluso en el ámbito de protección social, y cuya relevancia puede observarse en mayor medida en el ámbito laboral, como después analizaremos más detalladamente.

Por último, también es de destacar, con carácter general, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la *igualdad efectiva de mujeres y hombres*⁴⁴⁵ que viene también a definir y recalcar importantes criterios generales y líneas de actuación en este ámbito, así como distintas modificaciones normativas estatutarias vigentes en la actualidad que estudiaremos después, en el ámbito funcional.

Como hemos podido apreciar, además de las actuaciones generales para la protección de la maternidad y la conciliación de la vida familiar y laboral, a las que se refieren la primera y la última de las normas generales citadas y de las que se deriva una normativa muy similar en los distintos regímenes estatutarios que analizaremos, para las situaciones de violencia de género (concepto estricto de violencia de género intrafamiliar) será, conforme ya hemos anticipado, en la LO 1/2004 donde se establecen distintas medidas de protección en el ámbito laboral para las trabajadoras víctimas de situaciones de violencia de género, pues resulta ineludible la protección de esos derechos laborales para estas mujeres, para las que se convierte en elemento imprescindible de su integración social,

⁴⁴⁵ BOE núm. 71 de 23 de Marzo de 2007.

bien mediante el mantenimiento de su puesto de trabajo pese a las especiales circunstancias de su vida personal (con la necesaria modificación de las condiciones de trabajo para facilitar la protección de su vida o salud), bien regulando y facilitando el cese, temporal o definitivo, en la prestación de servicios.

Se parte de la consideración del trabajo como un medio de inserción social y de independencia económica, y de su pérdida o ausencia como una vía de comenzar el camino hacia la exclusión social⁴⁴⁶. En este sentido es de destacar que el Título II de la LOVG está dedicado a los *Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género*, entre los que se encuentran los *Derechos laborales y prestaciones de Seguridad Social*.

Las opciones que la trabajadora víctima de violencia de género puede barajar para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, afectan a la ordenación del tiempo de trabajo –que podrán reordenar o reducir–, a la variación del lugar de trabajo –que podrán modificar–, así como medidas protectoras relativas a la posibilidad de interrumpir temporal –suspensión del contrato con reserva de su puesto de trabajo– o definitivamente su actividad laboral –extinción con tratamiento especial–, y finalmente medidas de protección frente a decisiones injustificadas del empresario de extinción del contrato⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ GARCÍA VALVERDE, M. D., “Mujer Extranjera y violencia de género”, en *Revista de Treball, economia i societat*, nº 46, 2007, pp. 9-17; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Valencia, 2009. Tirant lo Blanch, pág. 123.

⁴⁴⁷ A este respecto para una mayor profundidad pueden consultarse las siguientes obras: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F., *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete, 2005. Bomarzo; MUERZA ESPARZA, J., *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género (Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales)*, Cizur Menor (Navarra), 2005. Aranzadi-

Estas medidas previstas en la LOVG se reflejaron rápidamente en la simultánea reforma del Estatuto de los Trabajadores (en el momento el vigente RDleg. 1/1995, de 24 de marzo, hoy conforme al RDleg. 2/2015, de 23 de octubre) y en el resto de normativa laboral específica sectorial, como detallaremos seguidamente.

Como línea general común, hay que resaltar la necesidad de la acreditación de las situaciones de violencia de género, que se realizará (aunque en determinados contextos se ha ampliado la forma de tal acreditación) mediante la orden de protección o mediante un informe provisional del Ministerio Fiscal⁴⁴⁸, lo que permite la rápida adopción de estas medidas en el momento inicial de “*salir a la luz*” un caso de violencia de género.

En el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, podemos citar la modificación que se produjo por razón de la LOVG en los siguientes aspectos concretos:

-En relación al *Tiempo de trabajo*, se dan dos tipos de previsiones; por un lado, se permite a la trabajadora ausencias del trabajo y faltas de puntualidad (que se configuran como faltas justificadas en el art. 21.4 LOVG y 52.d) ET)⁴⁴⁹, cuando estén motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género; y por otro lado, prevé la reducción o

Thomson; BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Madrid, 2005. Iustel.

⁴⁴⁸ Art. 23 de la LOVG.

⁴⁴⁹ Art. 52.d) ET. “No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior,(extinción del contrato por causas objetivas de falta de asistencia) las ausencias debidas a ...-..., ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.”

reordenación de su tiempo de trabajo, lo que hace efectivo en el apartado séptimo del art. 37 del ET⁴⁵⁰.

- Sobre la *Movilidad geográfica a iniciativa de la trabajadora*, la trabajadora-víctima tiene también la posibilidad de acceder a un cambio de puesto de trabajo, facilitándose que cambie su lugar de residencia con la finalidad de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Se introdujo para ello un supuesto de movilidad geográfica en el art. 40 ET (el art.

⁴⁵⁰ Art. 37.7 ET., en su redacción otorgada por el número dos de la disposición final decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral («B.O.E.» 7 julio) establecía (al igual que el paralelo art. 37.8 del RDLegislativo 2/2015, de 23 de octubre en el vigente Estatuto de los Trabajadores): “Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a éstos, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.” (acudir a la jurisdicción social). Además, en la disposición adicional decimocuarta se establece que se consideran incluidas a efectos de lo dispuesto en los artículos 37.8 y 40.4 las personas a las que se refieren los artículos 5 y 33 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, y la disposición adicional decimonovena establece que en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. Un análisis de esta cuestión puede verse en, KAHALE CARRILLO, D. T., “El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los Convenios Colectivos”, en *Aranzadi Social* nº 5, 2007, pp. 1855-1873.

40.3. bis del ET⁴⁵¹), que permite que la trabajadora continúe vinculada a la empresa pese a su cambio de residencia.

- En cuanto a la *suspensión y extinción del contrato* de la trabajadora víctima de violencia de género, apuntar que cuando la situación de violencia de género hace incompatible la continuidad en la prestación de servicios, de forma temporal o definitiva, la trabajadora podrá decidir suspender o extinguir su relación laboral, estableciéndose legislativamente un régimen específico de mayor protección para estos supuestos de abandono, temporal o definitivo, del puesto de trabajo. Estas medidas se plantean como recurso alternativo a las medidas de conciliación, esto es, cuando no existen posibilidades de acomodar el trabajo y la situación de violencia de género, o bien las medidas previstas normativamente no resulten compatibles con las circunstancias personales de la víctima de violencia de género⁴⁵².

⁴⁵¹ De forma idéntica al art. 40.4 del vigente RDL 2/2015 que establece: “*Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.*”

En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores.

Terminado este periodo, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.”

⁴⁵² GARRIGUES GIMÉNEZ, A, “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, *Aranzadi Social: revista doctrinal* Vol. 2, 2009, pp. 53-80.

- Respecto a la *suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo*, la Disposición Adicional Séptima de la LOVG modificó el contenido de los arts. 45 (añadiendo la letra n) en su apartado 1) y 48 (añadiendo el apartado 6, hoy 10) del ET. Esta situación implicará la exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, pero a esta falta de ingresos viene a responder la propia LOVG estableciendo el derecho al percibo de la prestación por desempleo, en función del período previo de cotización de la trabajadora, en incluso, las cotizaciones que se utilicen para generar ese derecho a la prestación por desempleo podrán ser utilizadas de nuevo para el reconocimiento de un derecho posterior a prestación por desempleo⁴⁵³. Por otro lado, el art. 48.10

⁴⁵³ La D.A. 42 de la anterior LGSS, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (BOE núm. 154 de 29 de Junio)) preveía la acreditación de la situación de desempleo mediante comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género (hoy está también así previsto en el art. 267.3.b) del vigente RDL 8/2015, de 30 de octubre). Y el Apartado segundo del art. 210 de la anterior Ley General de Seguridad Social añadía, que las cotizaciones efectuadas mientras la trabajadora percibe la prestación contributiva por desempleo en los casos de suspensión del contrato de trabajo se tendrán en cuenta para generar un futuro derecho a prestación por desempleo. Ambos mandatos normativos fueron introducidos por la propia LOVG (DA 8ª) (hoy todo ello se encuentra previsto en la vigente Ley General de Seguridad social desarrollándose específicamente en el art. 165.5, art. 207.1 para la jubilación anticipada por extinción del contrato de trabajo por causa no imputable al trabajador, el art. 220 da derecho a pensión de viudedad en caso de separación, nulidad o divorcio si ha existido violencia de género, el art. 267 se pasa a situación de desempleo por extinción o suspensión de la relación laboral por este motivo, los arts. 329, 331, 332 regulando lo mismo en caso de cese de actividad para autónomos, el 335 para socios de cooperativas de trabajo asociado, etc.). A estos efectos, FERNÁNDEZ PRATS, C, en GARCÍA TESTAL, E. y FERNÁNDEZ PRATS, C., “Medidas de protección para garantizar la estabilidad laboral y social de las víctimas de violencia de género”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, (op. cit.) También véanse el RD 1452/2005 de 2 Dic. (regula la ayuda económica establecida en el art. 27 de LO 1/2004 de 28 Dic., medidas de protección integral contra la violencia de género). Habiéndose también

del ET establece una duración inicial que no podrá exceder de seis meses –aunque sí períodos inferiores–, y, si fuere necesario para la efectividad del derecho de protección de la víctima, por decisión del Juez (en este caso, el Juez de Violencia sobre la mujer), podrá ampliarse por períodos de tres meses hasta un máximo de dieciocho.

- Y en relación a la *extinción del contrato de trabajo*, el art. 49.1, letra m) ET., (introducida por la DA 7ª LOVG en el ET entonces vigente) estableció la posibilidad de extinguir el contrato, sin necesidad de previo aviso, por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género (que tendrá la diferencia, frente a la simple dimisión de cualquier trabajador, de poder obtener la prestación por desempleo, si bien, deberá notificarse fehacientemente que se extingue la relación por esta causa, y acreditarse con la correspondiente orden de protección o informe del Fiscal)⁴⁵⁴, y por otro lado, se estableció como un nuevo supuesto de nulidad del despido, el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo

desarrollado en las distintas CC.AA. normativas específicas al respecto: Véase [PAÍS VASCO] Orden de 3 marzo 2010, del Consejero de Interior («B.O.P.V.» 8 marzo), [CASTILLA-LA MANCHA] Orden de 22 diciembre 2008, de la Consejería de Presidencia («D.O.C.M.» 30 diciembre), [CATALUÑA] Orden ASC/342/2008, de 30 junio, («D.O.G.C.» 15 julio), [EXTREMADURA] Orden de 30 junio 2008 («D.O.E.» 14 julio), [REGIÓN DE MURCIA] Orden de 10 marzo 2008, de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración («B.O.R.M.» 8 abril), [COMUNIDAD VALENCIANA] Orden de 3 mayo 2007, de la Conselleria de Bienestar Social («D.O.C.V.» 8 mayo), [CANARIAS] Orden de 26 diciembre 2006 («B.O.I.C.» 30 diciembre), [COMUNIDAD DE MADRID] Orden 2542/2006, 8 noviembre, del Consejero de Empleo y Mujer («B.O.C.M.» 27 noviembre), [CANTABRIA] Orden SAN/23/2006, de 6 septiembre («B.O.C.» 11 septiembre), [PRINCIPADO DE ASTURIAS] Decreto 90/2006, 20 julio («B.O.P.A.» 14 agosto), [ARAGÓN] Orden de 26 junio 2006, del Departamento de Servicios Sociales y Familia («B.O.A.» 12 julio), [CASTILLA Y LEÓN] Orden FAM/785/2006, de 4 mayo, («B.O.C.L.» 17 mayo), [LA RIOJA] Orden 2/2006, de 31 marzo («B.O.L.R.» 4 abril).

⁴⁵⁴ BARRIOS BAUDOR, G. L., “Baja voluntaria en la empresa como consecuencia de ser víctima de violencia de género versus dimisión”, en *Aranzadi Social* n° 22, 2007.

de trabajo, movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, salvo que se declare judicialmente la procedencia del despido (53.4.b y 55.5.b del ET). A estos supuestos, habría que añadir la posibilidad de aplicación judicial de las previsiones del art. 50 ET a las víctimas de violencia de género, cuando agresor –empresario o trabajador– y víctima prestan servicios en el mismo centro de trabajo⁴⁵⁵. De este modo la trabajadora podrá extinguir el contrato percibiendo una indemnización de cuantía equivalente a la prevista para el despido improcedente⁴⁵⁶.

Y como anticipábamos, también la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres contendrá importantes medidas en el ámbito laboral, no ya sólo por la aplicación específica a este ámbito de los criterios generales (de prohibición de la discriminación, tutela judicial efectiva contra la misma, inversión de carga de la prueba al demandado en caso de alegación de discriminación, etc) contenidos en su Título I, sino también específicamente en cuanto al derecho al trabajo en igualdad de condiciones (Título IV), estableciendo planes y programas de igualdad, y particularmente en cuanto al empleo público en su Título V, si bien el desarrollo de estas políticas de igualdad se verá frustrado por la falta de financiación de muchos de sus planes debido a la actual situación de crisis económica que se produce poco

⁴⁵⁵ GARCÍA TESTAL, E., “Los efectos de la Orden de Alejamiento en la relación laboral y en el concepto de “colocación adecuada”: ¿Qué ocurre si agresor y víctima trabajan en el mismo centro de trabajo?”, en *CEF Trabajo y Seguridad Social* nº 304, 2008, pp. 93-94.

⁴⁵⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Aspectos socio laborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J., (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, (op. cit.), pág. 112.

después de la aparición de esta LO, y que persiste hasta nuestros días⁴⁵⁷.

ii. Medidas normativas concretas en el ámbito estatutario del personal funcionario en general.

Una vez realizada esta visión general preliminar de cambios normativos en pro de la igualdad hacia la mujer en el ámbito laboral común del estatuto de trabajadores, hemos de referirnos necesariamente en este trabajo a la evolución de los derechos de las funcionarias ante la violencia de género, pues en las Fuerzas Armadas, a las mujeres por su condición de militares profesionales⁴⁵⁸, como a cualquier militar en la actualidad, sean de carrera o de empleo, les van a ser aplicables, en general, el estatuto funcional aplicable a los Funcionarios Públicos con ciertas matizaciones específicas derivadas de las particularidades de la especial función encomendada a las Fuerzas Armadas, legal y constitucionalmente; pues se prevé específicamente que las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica.

⁴⁵⁷ En este sentido, puede verse la última Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos, o incluso en el ámbito específico de la Comunidad Valenciana la reciente Ley 12/2017, de 2 de noviembre, de modificación de las leyes reguladoras de las instituciones de la Generalitat para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en sus órganos (BOE Núm. 311 de 23 de diciembre de 2017 Sec. I. Pág. 127862).

⁴⁵⁸ No olvidemos que hoy en día, tras la desaparición del servicio militar obligatorio, todo el personal de nuestras Fuerzas Armadas tiene la condición de militar profesional, sea de carrera o temporal.

Esta aplicabilidad general del Estatuto funcional al personal de las Fuerzas Armadas proviene no sólo de lo establecido en la Ley 7/2007, de Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁵⁹ en su art. 2.1, al menos supletoriamente, conforme al art. 2.5, y por lo establecido en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su Artículo 66 para el personal de las Fuerzas Armadas, o en el art. 67 para el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en este caso de aplicación a la Guardia Civil, por su pareja condición estatutaria de “naturaleza militar”)⁴⁶⁰; sino porque también viene así determinada específicamente en las distintas normas reguladoras del estatuto del

⁴⁵⁹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 13 Abril 2007).- “Artículo 2 *Ámbito de aplicación*. 1. *Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: - La Administración General del Estado. ...*” Art. 2.5: “5. *El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación*.” En el mismo sentido los mismos artículos del vigente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del EBEP.

⁴⁶⁰ Artículo 66 Ley 3/2007, de 22 de marzo: “*Aplicación de las normas referidas al personal de las Administraciones públicas. Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica*.” Artículo 68: “*Aplicación de las normas referidas al personal de las Administraciones públicas. Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, adaptándose, en su caso, a las peculiaridades de las funciones que tienen encomendadas, en los términos establecidos por su normativa específica*.”

Personal Militar, incluso con referencia a la anterior normativa estatutaria funcionarial⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Así el art. 74.5 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (BOE 20 Julio 1989) en materia de permisos, en el mismo sentido el art. 132 de la posterior Ley 17/1999 de 18 de Mayo (régimen del personal de las Fuerzas Armadas), y en la vigente Ley 39/2007 de 19 de Noviembre, de la Carrera Militar, que en sus arts. 5 y 6 más específicamente se establece: “*Artículo 5.- Adaptación de las normas del empleado público. Los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se incorporarán al régimen del personal militar profesional, siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar.*” y “*Artículo 6.- Igualdad de género y conciliación de la vida profesional, personal y familiar.- 1. La igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar. 2. Las normas y criterios relativos a la igualdad, la prevención de la violencia de género y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar establecidos para el personal al servicio de la Administración General del Estado serán aplicables a los militares profesionales con las adaptaciones y desarrollos que sean necesarios. En las normas correspondientes se incluirán también las medidas que sean de aplicación específica en el ámbito de las Fuerzas Armadas.*” Todo lo que finalmente es puesto también de relieve cuando en la más reciente Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (BOE núm. 180 de 28 de Julio de 2011), en su art. 22 al hablar de la disponibilidad, horarios, permisos y licencias, en su apartado 2 y 3 establece lo siguiente: “*2. La jornada de trabajo de los militares será, con carácter general, la del personal al servicio de la Administración General del Estado. El régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas y a las derivadas del funcionamiento de las unidades y de la prestación de guardias y servicios, tomando en consideración la disponibilidad permanente a la que se hace referencia en el apartado anterior, así como las normas y criterios relativos a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar a los que se refiere la Ley de la carrera militar. 3. Los militares tienen derecho a disfrutar los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministro de Defensa. Las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones y licencias,*

Es por ello por lo que, antes de comenzar el análisis de la normativa laboral estatutaria propia de las Fuerzas Armadas, es conveniente que realicemos un estudio de la normativa laboral básica de los Funcionarios públicos en general, donde podemos apreciar que se han ido incorporando paulatinamente los postulados generales en materia de igualdad, conciliación de la vida profesional y familiar, y en materia de violencia de género a los que antes hemos hecho alusión, establecidos en las leyes generales citadas⁴⁶², estableciéndose medidas similares a las previstas en el Estatuto de los Trabajadores y que hemos analizado en el apartado anterior; si bien, de acuerdo a las particularidades propias de los funcionarios, en los que no rige el sistema de despidos ni de movilidad geográfica propios de régimen laboral general del Estatuto de los trabajadores.

Comenzando por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, *de Reforma de la Función Pública*, de la que todavía hoy quedan vigentes algunos aspectos de la misma⁴⁶³. Como punto de partida inicial de

si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas. 4. La aplicación del criterio de necesidades del servicio se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada. En todo caso, se comunicará al militar afectado la decisión adoptada.”

⁴⁶² Ley 39/1999 de 5 Noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG) y Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁴⁶³ La Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos («B.O.E» 23 junio), establece que permanecen vigentes, hasta que se apruebe la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, en tanto no se opongan a lo establecido en el citado Estatuto Básico, los siguientes preceptos: el artículo 29, situaciones administrativas (artículos 85-92) , en los términos previstos en el apartado 11 de esas Instrucciones, el artículo 15.1.c), que determina los puestos que puede desempeñar el personal laboral, incluido el

este régimen estatutario funcional⁴⁶⁴, se puede observar que se introdujeron estas modificaciones normativas generales a favor de la igualdad de la mujer en su Art. 17.3 (modificado por el nº 2 de la DA 9ª de la LO 1/2004, y será derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007 de Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), en relación a la Movilidad de funcionarios entre las distintas Administraciones Públicas estableciendo que *“En el marco de los Acuerdos que las Administraciones Públicas suscriban con la finalidad de facilitar la movilidad entre los funcionarios de las mismas, tendrán especial consideración los casos de movilidad geográfica de las funcionarias víctimas de violencia de género”*.

El art. 20. i) (letra introducida por el número tres de la disposición adicional novena de la L.O. 1/2004 (LOVG), en materia de procedimientos de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios estableció que: *“i) La funcionaria víctima de violencia sobre la mujer que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo propio de su Cuerpo o Escala y de análogas características que se encuentre vacante y sea de necesaria provisión. En tales supuestos la Administración Pública competente en cada caso estará obligada a comunicarle las vacantes de necesaria provisión ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite”*.

personal con contrato laboral de alta dirección; (artículos 78-84) procedimientos de provisión de puestos.”.

⁴⁶⁴ Sin perjuicio del reconocimiento de que existen otras normas estatutarias específicas anteriores cuyo análisis excede de las líneas generales que consideramos necesario plasmar para este trabajo.

En el mismo sentido, el art. 29.8 (redactado por el nº 4 y 5 DA 19ª LO 3/2007) bajo la rúbrica de “*Excedencia por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria*” dispone que:

“Las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos. Igualmente, durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.”

Esto no obstante, cuando de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima lo exigiere, se podrá prorrogar por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho, el período en el que, de acuerdo con el párrafo anterior, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo, con idénticos efectos a los señalados en dicho párrafo”.

Por su parte, el art. 30, en materia de *permisos* de los funcionarios, en sus apartados 1 a 3 se modificarán los permisos establecidos por la LO 3/2007, de 22 de marzo (DA 19ª) en las letras a)⁴⁶⁵ (*permiso de 15 días por nacimiento, acogimiento o adopción de*

⁴⁶⁵ A partir del 1 enero 2014 la Letra a) del número 1 del artículo 30 queda con la redacción dada por el artículo 2 de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida («B.O.E.» 7 octubre) con el siguiente tenor: “a) Por el nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo, cuatro semanas a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.”

un hijo, que será ampliado próximamente a cuatro semanas para el padre); letra a) bis (tres o cinco días, según sea dentro o fuera de la localidad de trabajo, por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar de primer grado de consanguinidad o afinidad (y 2 y 4 días si es de segundo grado); letra e) (ausencia del trabajo, previa justificación de la necesidad de realización dentro de la jornada de trabajo, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo necesario para ello)⁴⁶⁶, letra f) (hora de lactancia de hijos menores de doce meses, que puede dividirse en dos fracciones, o sustituirse por reducción de media hora al inicio o final de la jornada, o por un permiso por ese tiempo acumulado, multiplicándose proporcionalmente en casos de parto múltiple. Si el padre y la madre trabajan, sólo podrá ser ejercido por uno de ellos este derecho); f) bis (ausencia del trabajo, sin pérdida de retribución, de la funcionaria o funcionario durante un máximo de dos horas en caso de partos prematuros que requieran hospitalización, o la reducción de jornada al inicio o final hasta en esas dos horas, con reducción proporcional de retribuciones); letra g) (disminución de la jornada de trabajo con pérdida proporcional de retribuciones por razones de guarda legal de menores de doce años, persona mayor o discapacitada que no desempeñe actividad retribuida, o en los casos de familiares hasta el segundo grado, que por accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos), reducción que, en el caso de enfermedades muy graves de familiar hasta el primer grado, según la letra g) bis, puede llegar, durante el plazo de un mes, hasta el 50% de la jornada laboral, y con carácter retribuido (debiéndose prorratear en caso de varios funcionarios con este derecho por un mismo causante).

En el art. 30, en su apartado 2 se establece una cláusula general de posibilidad de concederse permisos por el tiempo

⁴⁶⁶Si bien esta letra no es introducida por LO 3/2007, sino en su actual redacción, por el número dos del artículo 58 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («B.O.E.» 31 diciembre).

indispensable para el cumplimiento de deberes derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral (al igual que para el cumplimiento de otros deberes inexcusables de carácter público o personal). Si bien el término “podrán” establece la problemática de que no se regule directamente como un derecho, sino como una potestad en su otorgamiento.

En el apartado 3 del art. 30 se regulaba la duración del permiso por maternidad o adopción, pero este apartado debe entenderse derogado por lo establecido en el EBEP y posterior Texto refundido del mismo del año 2015 (TREBEP) al que luego haremos alusión.

Y por último, el apartado 5 del art. 30, introducido por la LOVG (nº 5 DA 9ª) establece que:

“En los casos en los que las funcionarias víctimas de violencia de género tuvieran que ausentarse por ello de su puesto de trabajo, estas faltas de asistencia, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda.

Las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ Si bien este número 5 del artículo 30 debemos entenderlo derogado por la letra b) de la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público («B.O.E.» 13 abril).

Como podemos apreciar con claridad, las medidas normativas adoptadas en el ámbito estatutario funcional son paralelas y similares, como no podía ser menos por razones de igualdad, a las que antes hemos hecho alusión en el ámbito laboral en general.

De este modo, regulan en situaciones de violencia de género la posibilidad de ordenación del tiempo de trabajo –que podrán reordenar o reducir–, a la variación del lugar de trabajo –que podrán modificar–, así como medidas protectoras relativas a la posibilidad de interrumpir temporalmente su relación laboral –Excedencia especial bastante más ventajosa que la de interés particular, incluso retribuida los primeros meses, y finalmente medidas de protección general como la consideración de faltas justificadas y retribuidas las derivadas de esta situación, y en materia de conciliación familiar, de la misma forma (incluso en ocasiones más ventajosa) que para el personal laboral sujeto al Estatuto de Trabajadores, conforme antes hemos hecho alusión.

Ahora bien, también es de destacar, en relación a la movilidad geográfica, como lo hace la profesora BELANDO GARÍN⁴⁶⁸, que en el ámbito de la función pública las razones por las que un funcionario puede cambiar de puesto de trabajo se encuentran tasadas. El derecho al cargo y la garantía de inamovilidad de la que gozan los funcionarios públicos dificultan la movilidad tanto intraadministrativa como interadministrativa, rigidez que se traduce en un número muy limitado de supuestos de movilidad, ya sea forzosa o voluntaria: la reasignación de efectivos, la promoción interna, adscripción provisional, la comisión de servicios, la permuta y la movilidad interadministrativa.

⁴⁶⁸ BELANDO GARÍN, B., “La evolución de los derechos de las funcionarias ante la violencia de género: el ejemplo valenciano” en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (et.al), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Cizur Menor, 2012.Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 267-283.

Y añadir además que a las limitaciones a la movilidad funcional derivadas del art. 103 CE, hay que unir las que traen causa de la incidencia del principio de autoorganización de las Administraciones públicas, que pueden convertirse en un obstáculo insalvable cuando la movilidad es de carácter interadministrativo.

El siguiente hito normativo que tenemos que analizar en este ámbito estatutario funcional es la Ley 7/2007, de 12 de abril, *del Estatuto Básico del Empleado Público*, que se dicta en ejercicio de la competencia atribuida al Estado en el art. 149.1.18 CE por la que corresponde a éste establecer la legislación básica sobre “el régimen estatutario de sus funcionarios”⁴⁶⁹, de forma similar a lo que actualmente se regula en el RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el vigente *texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*.

Lo primero que hay que destacar sobre la misma es que, por su calificación de “básica”, no excluye el ámbito normativo de las Comunidades Autónomas que pueden desarrollar o ampliar su contenido, aunque sí se ven vinculadas en su desarrollo por lo establecido en dichas bases.

El concepto de bases que se encuentra recogido en la Ley 7/2007 y en su sucesor RDL 5/2015, es un concepto calificado por

⁴⁶⁹ Esta norma también ha sido derogada y sustituida actualmente por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, dentro de la auténtica “vorágine” legislativa que se ha producido en los años 2015 y 2016, que analizaremos, en normas prácticamente similares a las anteriores con ciertas ampliaciones.

algún autor como “peculiar”⁴⁷⁰, dadas las amplísimas facultades de desarrollo que corresponde a las Comunidades Autónomas⁴⁷¹.

Excede del ámbito de este estudio un análisis pormenorizado de las diferentes normativas autonómicas que se han promulgado en materia de favorecer la igualdad de la mujer, para la conciliación laboral y en materia de violencia de género desde la aparición de la LO 1/2004, pero para su estudio en profundidad nos remitimos a la publicación “ACTUACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN CUMPLIMIENTO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, de 28 de diciembre, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (Junio, 2013)” del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad⁴⁷², donde se contiene una extensa cita de esta normativa y actuaciones realizadas en las diferentes Comunidades Autónomas durante el período 2005-2012 y que da una auténtica muestra del esfuerzo de nuestro país en este ámbito, al que hay que reconocer, reiteramos, que es uno de los pioneros sobre la materia en adopción de medidas,

⁴⁷⁰ EMBID IRUJO, A., “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 137, 2008, pág. 9.

⁴⁷¹ BELANDO GARÍN, B., “Función pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la ley integral contra la violencia de género”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.) *La nueva ley sobre la violencia de género: (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Madrid, 2005. Iustel, pp. 463-492.

⁴⁷² [http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/seguimientoEvaluacion/pdf/ActuacionesCCAA\(2005-2012\).pdf](http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/seguimientoEvaluacion/pdf/ActuacionesCCAA(2005-2012).pdf), o el informe más reciente hasta el año 2015 que puede verse en: <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/seguimientoEvaluacion/pdf/BalanceLeyIntegralCCAAparaweb.pdf> así como la última estrategia nacional publicada para la erradicación de la violencia de género 2013-2016, que puede consultarse en <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/estrategiaNacional/docs/EstrategiaNacionalCastellano.pdf> (última visita el 21/01/2018).

si bien otra cosa deberá ser el estudio de la trascendencia final real o efectividad de las mismas.

Pero haciendo un repaso a las “bases” contenidas en la Ley 7/2007 (EBEP) y RDL 5/2015 (TREBEP), como criterios generales, pues, como decíamos antes, según su art. 2 es de aplicación a prácticamente todo el personal al servicio de la Administración, ya sea de carácter funcionarial o personal laboral, de la Administración General o Local, etc.⁴⁷³, e incluso se prevé el carácter supletorio del mismo “*para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación*”, con lo que podría ser invocado por el personal militar (sobre el que va dirigido este estudio) en caso de ausencia de norma específica concreta, en la materia que aquí nos ocupa, de conciliación laboral y familiar⁴⁷⁴, igualdad efectiva para la mujer, y violencia de género, podemos resaltar las siguientes consideraciones:

⁴⁷⁴ Es obvio y lo hemos dado por sentado, que las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral constituyen en sí mismas unas medidas o mecanismos que tienden a favorecer la integración de la mujer en el mundo laboral, involucrando además al hombre en igualdad de condiciones para el cuidado de hijos, familiares, etc. Así se establece específicamente en el originalmente denominado “PLAN CONCILIA” publicado por ORDEN APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos”. (<http://www.boe.es/boe/dias/2005/12/16/pdfs/A41081-41084.pdf>) en cuyo preámbulo se dispone que “*Es de resaltar por su trascendencia y por la importancia sustantiva que las partes le otorgan al conjunto de medidas destinadas a la conciliación de la vida familiar y laboral, por entender que es uno de los capítulos que mayor impulso requieren desde las instituciones y que facilitarán la igualdad de género en el ámbito de la Administración General del Estado para conseguir una sociedad más igualitaria en lo que se refiere al reparto de cargas laborales y familiares*”

- En relación a las *medidas generales de fomento de la igualdad*, ya en sus arts. 1, apartado 3. d) establecen como uno de los fundamentos o líneas generales del Estatuto la “Igualdad de trato entre mujeres y hombres.”. Del mismo modo, y como criterios generales, se establece en sus respectivos arts. 52, como uno de los deberes del funcionario integrante de su Código de Conducta el “respeto a la igualdad entre mujeres y hombres” matizándose que el incumplimiento de este deber tendrá reflejo en el régimen disciplinario funcional.

A este fin de fomento de la igualdad, se regula en sus respectivos arts. 60 la obligación de tender a la paridad de hombres y mujeres en la composición de los órganos de selección colegiados para el ingreso en la Administración Pública, así como para los órganos de valoración de los concursos de provisión de los concretos puestos de trabajo por el personal ya funcionario (art. 79.1), y por último, la Disposición Adicional octava (séptima en el caso del TREBEP) establece en su apartado 1 la obligación de las Administraciones Públicas de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, debiendo evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, exigiéndoles en el apartado 2 la elaboración y aplicación de un plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo correspondiente a su personal funcionario⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ El primer Plan específico aprobado en este sentido fue el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Baleares de 29 junio 2012, por el cual se aprueba el I Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (servicios generales) 2012-2015 («B.O.I.B.» 7 julio), y podemos citar también que recientemente se ha aprobado en la Comunidad Valenciana la Ley 12/2017, de 2 de noviembre, de modificación de las leyes reguladoras de las instituciones de la Generalitat para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en sus órganos (BOE de 23/12/2017).

- Y como medidas concretas, en relación a los *permisos de los funcionarios*, éstos se encuentran regulados en los arts. 48⁴⁷⁶ y 49⁴⁷⁷ de ambas normas, consistiendo, como ya se ha adelantado al analizar la Ley 30/1984 y en las mismas condiciones⁴⁷⁸, en la materia que nos ocupa, en permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas (art. 48.e)), reducción de jornada por lactancia de hijos menores de 12 meses (art. 48.f)), ausencia del trabajo de hasta dos horas diarias (retribuidas) por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (o reducción de jornada hasta en esas dos horas (en este caso con disminución proporcional de retribuciones) del art. 48.g), reducción de jornada de trabajo (con disminución de retribuciones) por razones de guarda legal de menores de doce años, personas mayores o con discapacidad que no desempeñen actividades retribuidas, y cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividades retribuidas (art. 48.h)), reducción de hasta el 50% de la jornada durante el plazo máximo de un mes (con carácter retribuido) por razones de enfermedad muy grave de un familiar de primer grado (art. 48.i)); y los permisos de “condiciones mínimas” del artículo 49 referidos a permisos por parto (apartado a)), de

⁴⁷⁶ Redactado por el número uno del artículo 8 del R.D.-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad («B.O.E.» 14 julio).

⁴⁷⁷ Este artículo bajo el epígrafe específico de “*Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género*” al que en el TREBEP se ha añadido “y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos”.

⁴⁷⁸ No en vano, como hemos tenido ocasión de apreciar, los preceptos vigentes de la Ley 30/1984, de 2 de agosto en materia de permisos, lo están según su redacción otorgada por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, coetánea a la Ley que aquí estamos analizando 7/2007, de 12 de abril.

dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliado en dos semanas más por discapacidad del hijo y por cada hijo a partir del segundo, en caso de parto múltiple, distribuido a opción de la funcionaria (con la exigencia de que seis semanas sean posteriores al parto), pudiéndose hacer uso de este permiso el otro progenitor, en caso de fallecimiento de la madre, a quien también podrá cederse parte de este permiso (a excepción de esas seis semanas posteriores al parto) a partir del mismo, de forma simultánea o sucesiva con la madre (deberá indicarse al iniciarse el período de maternidad), pudiendo ampliarse el permiso hasta un máximo de trece semanas adicionales en caso de hospitalización del neonato por los días en que éste se encuentre hospitalizado; se prevé expresamente que durante el disfrute de este permiso podrá participarse en los cursos de formación convocados por la Administración, al objeto de que no se pierda la posibilidad de promoción profesional por el funcionario.

El apartado b) del art. 49 regula el permiso por adopción o acogimiento (por más de un año), con la misma duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliándose en dos semanas más en supuesto de discapacidad o por cada hijo, a partir del segundo, si la adopción o el acogimiento fuera múltiple. El permiso se iniciará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento u adopción (o hasta cuatro semanas antes), y se distribuirá de forma simultánea o sucesiva en el caso de que ambos progenitores trabajen, pero siempre de forma ininterrumpida. Se regula también la previsión específica de que este permiso se ampliará hasta dos meses en casos de ser necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, con carácter retribuido (exclusivamente retribuciones básicas). También se permite la participación en cursos de formación.

En el apartado c) del art. 49 se regula el permiso por paternidad (por nacimiento o también por acogimiento o adopción) de cuatro semanas (quince días anteriormente en el EBEP) de duración desde la fecha del nacimiento o decisión administrativa o

judicial de acogimiento o adopción, permiso independiente del disfrute compartido de los permisos regulados en los puntos a y b.

En todos estos supuestos de los apartados a), b) y c) del art. 49, se establece expresamente que *“el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso. Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad y adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento tanto temporal como permanente tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.”*

En el apartado d) se regula el “Permiso por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria” indicando que *“las faltas de asistencia de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud, según proceda”*, y reconociendo a las funcionarias el derecho a la reducción de jornada (con disminución proporcional de retribución), o a la reordenación del tiempo de trabajo (con adaptación de horario, aplicación de horario flexible u otras formas) *“en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso”*.

Y por último en relación a los permisos establecidos en el EBEP se añadió⁴⁷⁹ el del apartado e) del art. 49 (persistiendo en el TREBEP), para el cuidado de un hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, teniendo derecho los progenitores, adoptantes, (guardadores con fines de adopción añadidos en el TREBEP) o acogedores (en este caso de carácter permanente), siempre que ambos trabajen, a una reducción de jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración, percibiendo retribuciones íntegras, para el cuidado durante un ingreso hospitalario de larga duración que requiera cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo competente de la Comunidad Autónoma, o, en su caso, entidad sanitaria concertada correspondiente, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

También en el art. 89.5 de ambas normas se regula la situación de Excedencia especial por violencia de género, que tiene la particularidad de que no se exige para el pase a esta situación ningún tiempo mínimo de servicios ni un plazo determinado de permanencia en la misma (a diferencia de las otras situaciones de excedencia), reservándose el puesto de trabajo durante seis meses y siendo computable este período a todos los efectos (antigüedad, carrera y derechos pasivos) pudiendo prorrogarse este período hasta un máximo de dieciocho cuando a criterio judicial sea necesario para garantizar la efectividad del derecho de protección a la víctima. Se establece además el derecho a percibir las retribuciones íntegras durante el período de dos meses, así como las prestaciones familiares por hijo a cargo a que tuviera derecho.

- Por último, en relación a la *Movilidad geográfica por razón de violencia de género* (añadiéndose en el TREBEP “y por razón de

⁴⁷⁹ Letra e) del artículo 49 redactada por la disposición final segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social («B.O.E.» 2 agosto).

violencia terrorista”⁴⁸⁰), el art. 82 de estas normas establece que “Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos la Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite. Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso”.

Con esto se intentan paliar las dificultades a las que hemos hecho antes alusión en materia de movilidad de los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, de manera que no será necesario que la vacante a la que se destine sea de necesaria cobertura (aun así deberá existir vacante), aunque la solución provisional en la mayoría de los casos en la práctica se produce por comisiones de servicio (desvirtuando en realidad su concepto legal propio), y se prevé en estos casos que “En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.”, previsión legal obvia, por motivos de seguridad e intimidad, que aunque pudiera reputarse de innecesaria por existir normas genéricas que obligan a esta reserva de ese material que afecta a la intimidad personal, sirve de recordatorio específico de las medidas de cautela lógicamente necesarias en este tipo de procedimientos.

⁴⁸⁰ Para recoger lo que previamente se había añadido en el art. 82 bis del EBEP por la DF6ª de la LO 9/2015 de 28 de julio, de régimen de Personal de la Policía nacional, que pasará a estar regulado en el apartado 2º del art. 82 TREBEP.

iii. Medidas normativas concretas en materia de igualdad de género en el ámbito estatutario del personal de las Fuerzas Armadas.

Una vez analizada la regulación normativa en estas materias tanto del personal laboral, generalmente regulado por el Estatuto de Trabajadores, como el régimen estatutario general del personal de las Administraciones Públicas, pasamos a delimitar, desde una perspectiva cronológica, el régimen normativo que paralelamente se ha desarrollado en el concreto ámbito del personal de las Fuerzas Armadas. En este estudio, con carácter previo, ya podemos adelantar que formalmente se han adoptado básicamente las mismas medidas o previsiones normativas que para el resto de los trabajadores o funcionarios, si bien, utilizando en muchas ocasiones *coletillas* imprecisas de adaptación de este régimen general a las *particularidades específicas* de las Fuerzas Armadas, donde se producen, en la práctica, bajo la justificación de la “disponibilidad permanente para el servicio” y las “necesidades del servicio”, situaciones irregulares que analizaremos con posterioridad.

Como podremos apreciar a continuación más detalladamente, veremos que también las leyes generales antes citadas (Ley 39/99, LO 1/2004 y LO 3/2007), han tenido su repercusión directa sobre las distintas normas que regulan el régimen estatutario militar.

Para observar la evolución de la regulación estatutaria de la función militar, y como hemos hecho en los apartados anteriores, comenzaremos a realizar el análisis a partir de la entrada en vigor de nuestra Constitución, coincidiendo también temporalmente de forma aproximada, con la compilación en normas de carácter general de estos distintos ámbitos estatutarios.

Así, al igual que ocurrió con la Ley 30/1984 para los Funcionarios Civiles, y en su momento el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (aunque el análisis lo hayamos efectuado sobre el vigente), en el ámbito estatutario militar, se dictó la Ley 17/1989 a

la que posteriormente nos referiremos detalladamente, con la que se pretendía adecuar sus líneas generales a los postulados Constitucionales de nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho.

Esa evolución cronológica de la regulación normativa que vamos a estudiar también coincidió prácticamente en el tiempo con las iniciales leyes generales para favorecer el mandato constitucional de la igualdad de la mujer a las que hemos hecho alusión, que se irán entrelazando con estas normas estatutarias específicas de cada uno de los ámbitos laborales que venimos definiendo. Y además, en el concreto y específico ámbito militar coincide todo ello precisamente con la paulatina incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

a' Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional y sus reglamentos de desarrollo.

La primera norma que, con carácter general, aborda esta regulación estatutaria en las Fuerzas Armadas, será la Ley 17/1989, de 19 de julio, *reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional*⁴⁸¹ en cuyo preámbulo, se reconoce que “*La política del personal militar ha estado condicionada, desde la creación del Ministerio de Defensa en el año 1977, por la existencia de una legislación dispersa, confusa y, a veces, hasta contradictoria. La causa fundamental de esta situación procedía de la existencia de tres Ministerios militares que habían ido generando una legislación propia, a veces justificada por las peculiaridades de cada Ejército y otras no tanto. Todo ello dificultaba la gestión y administración de los recursos humanos*”.

⁴⁸¹ BOE 20 Julio 1989

La Ley 17/1989 será el primer intento, por tanto, de regular en un texto normativo único, el régimen estatutario de todo el personal de las Fuerzas Armadas (Ejércitos de Tierra, Mar y Aire) y, por ser previa a la normativa general de la materia que nos ocupa, no tuvo en su redacción original muchas referencias a la mujer y al favorecimiento de las condiciones de igualdad para la misma dentro de este colectivo profesional, a quien, por otro lado, acababa de permitírsele legalmente su entrada en las Fuerzas Armadas.

En relación a la mujer, en esta inicial norma que vamos a analizar, en su preámbulo, después de reconocer el necesario procedimiento de unificación normativa y en materia de personal acometido en las Fuerzas Armadas, se cita que *“Sólo en algún aspecto concreto como es el de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas se decidió adelantar el proceso inicialmente previsto dentro del nuevo marco general. Así se reguló, en cumplimiento del mandato positivo contenido en nuestro ordenamiento legal, la participación de la mujer en los Cuerpos y Escalas militares en un plano de igualdad con los sistemas de incorporación de los hombres, con lo que se puso en marcha una de las medidas orientadas a eliminar los obstáculos que se oponían a la plena efectividad del principio constitucional de igualdad.⁴⁸² Con esta Ley alcanzan su plenitud el plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejercicio profesional dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas”*.

⁴⁸² Se refiere, como ya hemos anticipado, al Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, (BOE de 23 de febrero) que supuso el inicio de la incorporación de la mujer en las FAS en determinados Cuerpos y Escalas y en la Guardia Civil, ordenándose específicamente que para el resto de los Cuerpos y Escalas se adoptaran las medidas organizativas necesarias para la plena incorporación de la mujer en las FAS en condiciones previas de igualdad con los hombres, lo que en realidad se irá produciendo paulatinamente años después, como se analizará pormenorizadamente más adelante en este trabajo.

Pese a ese solemne preámbulo de que con “esta ley” se alcanzaba *la plenitud de la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejercicio profesional dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas*, no encontramos más referencias a la mujer, en su redacción original, que las tres siguientes:

- En el art. 10.4 cuando dice que en las denominaciones de los empleos militares “*no existirá distinción terminológica alguna entre el hombre y la mujer*”⁴⁸³.

⁴⁸³ Con esta previsión normativa, en realidad, se podría discutir si se está utilizando un lenguaje sexista, haciendo perdurar el género masculino en los empleos como Sargento, Cabo, Soldado, etc. Aunque no es motivo de este trabajo, es interesante en este sentido observar las distintas “guías” de lenguaje no sexista que se han publicado en la mayoría de nuestras Universidades y organismos públicos, entre las que podemos citar la guía del lenguaje no sexista publicada por la UNED, o la de la Universidad de Valencia, que se pueden encontrar en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/VICERRECTORADOS/GERENCIA/OFFICINA_IGUALDAD/GUIA_LINGUAJE.PDF, y http://www.uv.es/iguallat/GUIA/GUIA_VAL.pdf o comprobando la Guía de las profesiones de la A a la Z en femenino y en masculino, publicada por el Instituto de la Mujer (<http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/lasprofesiones.pdf>), donde se recogen los empleos y categorías de Capitana/Capitán, Sargenta/Sargento, Suboficiala/suboficial, Subteniente/Subteniente, etc. Y en contra, se pueden comprobar artículos muy bien documentados desde el punto de vista lingüístico, que se quejan de estas guías de lenguaje no sexista (como el firmado por Ignacio Bosque, rubricado por muchos académicos de la RAE y publicado en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/03/02/actualidad/1330717685_771121.html) contestado en sentido crítico por Isaías La Fuente en http://cultura.elpais.com/cultura/2012/03/07/actualidad/1331130649_242594.html, así como el más reciente y actualizado debate surgido en Francia con ocasión de la publicación de un manual escolar con lenguaje inclusivo, que puede verse en https://elpais.com/cultura/2017/10/30/actualidad/1509390000_354339.html por lo que pueden entenderse las discrepancias sobre la materia, desde el punto de vista lingüístico, y por personal con una formación en ese ámbito infinitamente mayor que la del autor de este trabajo, que se quiere circunscribir al aspecto normativo, y por tanto, no profundizamos más en esta materia). (última visita de todos los enlaces el 20/01/2018)

- En el art. 74.5, en cuanto a las normas de provisión de destinos, se establece que *“podrán establecer particularidades para la mujer, derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas”*, así como que *“durante el período de embarazo, se podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico distinto del que estuviere desempeñando”* y que *“En los supuestos de parto o de adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos, de la madre o del padre, en su caso, conforme a la legislación vigente para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino.”* Llama la atención la expresión “podrá”, lo que no constituye, por tanto, ningún derecho, sino sólo una potestad discrecional administrativa, y sin que se especifique ni tan siquiera que tales asignaciones de destino puedan ser o no voluntarias para la mujer⁴⁸⁴.

- Y por último, el art. 89.4, se manifestaba que en las evaluaciones de tipo profesional y en las consiguientes clasificaciones, *“se hará abstracción de lo dispuesto en el art. 74.5*

⁴⁸⁴ Si bien es cierto que esta normativa tuvo poca repercusión por la tardanza en llegar efectivos femeninos suficientes a las Fuerzas Armadas como para generar una problemática sobre la que podamos llamar la atención en este estudio, ya que inicialmente como ya hemos anticipado, tan sólo se permitió por el RDL 1/88 acceder a la categoría de Militar de Carrera y en algunos Cuerpos y Escalas, aunque inmediatamente después, la Orden Ministerial de 27 de febrero de 1989 de provisión de plazas para el ingreso en la profesión militar durante el año 1989 (BOE 1 Marzo 1989) ya permitió el ingreso a las plazas previstas en las Academias Militares y de la Guardia Civil (para militares de carrera (concepto en el que se englobaban y engloban incluso hoy los segundos)) en su apartado quinto “sin distinción de sexo”, y aun cuando un año después, se permitió su acceso a la condición de Militar de Empleo en la categoría de Tropa, tan sólo se convocaron y cubrieron pocas plazas por mujeres porcentualmente hablando, por existir en esos momentos unas Fuerzas Armadas en las que el porcentaje mayoritario de sus componentes eran soldados en cumplimiento del Servicio Militar Obligatorio, establecido normativamente sólo para los hombres, y no será hasta la desaparición de este Servicio Militar Obligatorio, más de diez años más tarde (año 2001), y la profesionalización completa de las Fuerzas Armadas cuando se producirá un incremento porcentual más significativo de la mujer, aunque, como también hemos adelantado, en la actualidad tan sólo alcanza el 12,5 % de sus efectivos.

de esta Ley con el fin de garantizar iguales posibilidades de progresión que las de los hombres de la misma Escala.” En referencia a que no se tendrán en cuenta en el desempeño de esos distintos destinos las situaciones derivadas del embarazo, puesto que durante años se han exigido determinados tiempos efectivos de mando y función para el ascenso en determinadas Unidades operativas en estas evaluaciones y clasificaciones que, en ocasiones pudieran verse afectados por estas situaciones de embarazo de la mujer e imposibilidad de desempeño efectivo de los mismos.

Posteriormente, y como los artículos 106 y 107 de la Ley 17/1989, establecieron la posibilidad de acceso a la nueva condición de militar de empleo⁴⁸⁵, un año después, por Real Decreto 562/1990,

⁴⁸⁵ Anteriormente la única forma de ingresar en la Fuerzas Armadas como personal de Tropa profesional era a través de los reenganches, después de realizar el Servicio Militar Obligatorio, y posteriormente se creó por Orden 60/1986, de 17 de julio de 1986 el voluntariado especial, que era una forma sustitutoria del Servicio Militar Obligatorio pero con una vinculación temporal superior para determinados puestos especiales, por lo que implícitamente estaba vedado a la incorporación de la mujer de forma general como personal de Tropa y Marinería, (Por ORDEN 76/1989, de 3 de octubre por la que se aprueban las normas por las que se regula el servicio del Voluntariado Especial y de las Clases de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas (BOE 6 Octubre 1989) se unen los dos conceptos citados de personal de Tropa, pero como se ve en la misma, ambos proceden del servicio militar obligatorio) y no será hasta la aparición del RD. 562/1990 cuando se permite la incorporación de la mujer ya como Militar de Empleo de esta categoría profesional. En este sentido, recordar que la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar (BOE 21 Diciembre 1991) establecía en su preámbulo “*La mujer queda excluida de la obligatoriedad del servicio militar porque las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones y por considerar que esta decisión no vulnera el mandato de no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, las mujeres podrán incorporarse a las tareas de la defensa nacional con arreglo a las normas sobre movilización nacional.*” Y el art. 11.2 que “*2. Las mujeres están exentas del servicio militar. Podrán ser llamadas a cumplir determinados servicios en las Fuerzas Armadas, de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional.*” Exclusión de la mujer que ha sido objeto de numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional declarándola

de 4 de mayo⁴⁸⁶, se aprueba el Reglamento General de Ingreso en los Centros docentes militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo, en cuyo art.3.3, ya con carácter general se estableció que “3. *En los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso en los Centros docentes militares de formación o para el acceso a la condición de militar de empleo.*”

En el posterior Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas*, que no ha sido expresamente derogado, aunque muchos de sus artículos implícitamente sí lo están por leyes posteriores, en su Artículo 25, bajo la rúbrica de “Destinos del personal femenino”, y hasta que no se derogara expresamente este artículo por la Disposición Derogatoria Única del R.D. 66/2000, 21 enero, por el que se modifican las condiciones de acceso a Militar Profesional de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas⁴⁸⁷, se estableció que “*El personal femenino de tropa y marinería profesionales podrá optar a todos los destinos de su empleo militar excepto los de tipo táctico u operativo en unidades de La Legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas.*”

perfectamente constitucional (normalmente por invocación de la desigualdad de los hombres en supuestos de negativas a realizar el servicio militar o la prestación social sustitutoria existente en su día), entre las que podríamos citar a modo de ejemplo, en referencia a esta LO 13/1991, la Providencia de su Sala Segunda, de 17 Oct. 1994 (LA LEY 12267/1994), o de la Sala Primera, Providencia de 17 Nov. 1994 (LA LEY 13161/1994), el Auto 66/1995 del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 Feb. 1995 (LA LEY 3009/1995) o las providencias posteriores de ese mismo año de la Sala Primera de 27 Mar. 1995 (LA LEY 4079/1995) o de 13 Nov. 1995 (LA LEY 12058/1995).

⁴⁸⁶ BOE» núm. 110, de 8 de mayo de 1990.

⁴⁸⁷ B.O.E. de 22 enero de 2000. Aunque previamente debería entenderse derogado por la Ley 17/1999, art. 129, como reflejamos a continuación.

Tampoco podrán formar parte de las fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores en los que sus condiciones estructurales no permitan el alojamiento en condiciones adecuadas.”.

Fuera de esa “formal” igualdad en el acceso a las Fuerzas Armadas de la mujer y el hombre, que en realidad hemos visto que en la práctica no será tal y se verá muy condicionada por diversos aspectos durante prácticamente una década, será a partir de la posterior Ley 17/1999, de 18 de mayo, *de régimen del personal de las Fuerzas Armadas* (que deroga expresamente la anterior Ley 17/1989)⁴⁸⁸ donde se producirán en realidad progresivamente las modificaciones normativas necesarias que venimos analizando en pro de la igualdad de la mujer en el desempeño de los cometidos profesionales propios de las Fuerzas Armadas. Esta norma, además, es coetánea a las modificaciones genéricas a las que hemos venido aludiendo sobre esta materia (Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral, y posteriores LOVG 1/2004 y LO 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres) y que por tanto, al igual que en los otros regímenes estatutarios que hemos venido

⁴⁸⁸ Para la Guardia Civil, aunque el régimen es prácticamente similar al que analizaremos en este estudio, precisamente en el año 1999 se produce una “separación” formal de su régimen estatutario, pues si bien en principio también le era aplicable la ley 17/1989, que antes hemos analizado, paralelamente a la siguiente Ley 17/1999, se dictó para la Guardia Civil la Ley 42/1999, de 25 de noviembre (BOE de 26 de noviembre), de régimen del personal de la Guardia Civil (hoy sustituida por la Ley 29/2014, de 28 de noviembre), y posteriormente, también diferenciada, la LO 11/2007, de 22 de octubre (BOE 23 Octubre), de los derechos y deberes del personal de la Guardia Civil, si bien el paralelismo de esta norma también con la posterior LO 9/2011, de Derechos y Deberes del personal Militar de Carrera es evidente, cambiándose también para la Guardia Civil el régimen disciplinario por L.O. 12/2007, de 22 de octubre, en la que, por primera vez, se excluye la posibilidad de sanciones disciplinarias de privación de libertad (lo que no ha ocurrido en las FAS ni siquiera en la vigente LO 8/2014, de 4 de diciembre).

analizando, se verá parcialmente afectada lo establecido en las mismas.

b' Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas

Debemos empezar por poner de manifiesto que en el apartado VII del Preámbulo de esta Ley 17/1999, diez años después de que en la anterior Ley 17/1989 hablara de que con esa anterior Ley se “alcanzaba la plenitud” del plan para la igualdad de la mujer en las FAS, se reconoce la existencia efectiva de numerosos problemas en materia de igualdad, cuando establece:

“Otros asuntos de especial relevancia que esta Ley aborda son los referidos al régimen de la mujer en las Fuerzas Armadas y a los derechos y deberes de los militares. La legislación anterior abrió a la mujer las puertas de acceso a los Ejércitos, pero es en ésta donde el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres y eliminarse cualquier discriminación a la mujer al no hacer distinciones en los destinos que puedan ocupar en el desarrollo de su ejercicio profesional, sin perjuicio de que puedan establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer. 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”.

Para responder a esa “anunciada” aplicación plena del principio de igualdad, en relación al ejercicio profesional de la mujer en las Fuerzas Armadas, en la redacción original de esta norma encontramos los siguientes artículos que se refieren específicamente a la mujer o a favorecer su desempeño profesional en las FAS en igualdad de condiciones con los hombres:

- En el Artículo 63, al definir los Sistemas de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, en su apartado 4º establece que *“en los sistemas de selección no podrán existir más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso”*.

Asímismo, también prevé el caso de la imposibilidad de realización de las pruebas físicas por embarazo o parto, permitiendo a la mujer realizar todas las demás pruebas quedando su plaza condicionada a la superación de las pruebas físicas en otra fecha que pudiera determinarse en la propia convocatoria a estos efectos, o en la convocatoria siguiente, y dando la oportunidad a que, si en esa nueva fecha, volviera a darse su circunstancia de no poder realizarlas por esta misma causa de embarazo o parto, disponer de una nueva reserva de plaza hasta la superación en la convocatoria siguiente, sin que en estos casos le fuera aplicable los límites de edad⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ En virtud de esta previsión legal, en el Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas* (BOE 21 Octubre 2000) derogado por el vigente R.D. 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas («B.O.E.» 16 enero), en su art. 5.6, en cuanto a los sistemas de selección, establecía: *“6. Las pruebas para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudios, se ajustarán a cuadros de condiciones y exclusiones de aplicación general a los centros de enseñanza militar en todos los procesos selectivos. En cada uno de ellos se especificarán las exigencias y niveles concretos que se deben acreditar, teniendo en cuenta que podrán ser diferentes para el hombre y la mujer con el fin de adecuarse a sus distintas condiciones físicas.”* (en este sentido, es interesante la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 5ª, de 16 de julio de 2008, rec. 352/2007 (LA LEY 98038/2008), que considera que no cabe apreciar en una convocatoria para el acceso a la Condición de Militar de Complemento de la Escala de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad, ninguna discriminación por razón de sexo por el hecho de exigirse como talla mínima en bipedestación para el acceso a la Condición Militar de Complemento adscrito a la

- En el Artículo 129, en cuanto a las normas sobre provisión de destinos, se produce ya la anulación de la inicial limitación de destinos para la mujer en las Fuerzas Armadas, manifestándose que *“Entre los requisitos exigidos para ocupar determinados destinos se podrán incluir límites de edad o condiciones psicofísicas especiales, que serán acreditadas en función del expediente al que hace referencia el artículo 101 de esta Ley, sin distinción alguna por razón de sexo”*⁴⁹⁰.

- En el art. 132, en relación a la “atención a la familia” disponía en el texto original: *“Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico, adecuado a las circunstancias de su estado, distinto del que estuviere ocupando. En los supuestos de parto o de adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos, de la madre o del padre, en su caso, conforme a la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones públicas. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino”*.

Escala de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad la de 160 centímetros tanto para hombres como para mujeres, justificada dicha discriminación en el hecho notorio de que las mujeres, por regla general, son de menor estatura, considerando la AN que no es causa suficiente esta circunstancia para amparar la exigencia de una medida de discriminación positiva consistente en el establecimiento de una talla inferior para las mujeres. Y por otro lado, en el Artículo 7 de este reglamento, bajo la rúbrica de la “Protección de la maternidad” se contienen las mismas previsiones del art. 63LEY 17/1999 en el sentido de distintas oportunidades de superación de pruebas físicas de los procesos selectivos en casos de embarazo y parto, con reserva de plaza.

⁴⁹⁰ En virtud de esta previsión normativa, inmediatamente se dictó el Real Decreto 66/2000, de 21 de enero, por el que se modifican las condiciones de acceso a Militar Profesional de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas (BOE 22 Enero 2000), que invocando esa supresión de las limitaciones para el acceso a la mujer a determinados destinos operativos, procede en su disposición derogatoria única a la derogación “formal” del art.25 del RD. 984/1992 (Reglamento de tropa y marinería profesional de las Fuerzas Armadas), que como antes aludíamos establecía determinadas limitaciones para los destinos del personal femenino.

Esta disposición es, en realidad, prácticamente similar a lo que establecía, desde hacía diez años, el anterior art. 74.5 de la Ley 17/1989, como también lo será la posterior modificación de este artículo por la LO 3/2007 a su redacción definitiva (hasta que dejó de estar en vigor esta ley, como después veremos, por la Ley 39/2007) al siguiente tenor: *“Durante el período de embarazo y previo informe facultativo, podrá asignarse a la mujer militar profesional a un puesto orgánico o cometido distinto al que estuviera ocupando, que resulte adecuado a las circunstancias de su estado. En los supuestos de parto o adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos de la madre y del padre, de conformidad con la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones públicas. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino.”*

Como vemos, en dieciocho años, lo único que se avanza (pues el cambio de la posición del enunciado y sus comas no tiene mayor relevancia) en la redacción de este artículo (que ya existía en la ley 17/1989) es en cambiar la conjunción “o” por “y” de los permisos de parto y adopción correspondientes a la “madre y el padre” en lugar “de la madre o el padre”, permitiendo así que pudieran disfrutar ambos simultáneamente los permisos, tal y como hemos definido que se estableció con la LO 3/2007, y veremos también posteriormente⁴⁹¹.

⁴⁹¹ En relación a la posibilidad de asignar otro destino en situaciones de embarazo, el posterior Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional (BOE 11 Mayo 2002), que será derogado por el vigente R.D. 456/2011, de 1 de abril (BOE de 5 abril), en su SECCIÓN 4ª art. Artículo 21: *“1. Durante el período de embarazo, a la mujer militar profesional se le podrá asignar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, sin que suponga pérdida del destino. Dicho puesto será preferentemente en su unidad, centro u organismo de destino y, de no existir ninguno compatible con su estado de gestación, se le asignará en otra unidad, centro u organismo, preferentemente*

- Y por otro lado, en el art. 182, al hablar de los reservistas obligatorios (en el caso de ser necesarios para la defensa nacional, ante la desaparición del servicio militar obligatorio que se produce con esta Ley)⁴⁹² establece al regular los centros de selección de estos reservistas obligatorios y determinar en su apartado 2 que asignarán los destinos correspondientes a los mismos en las distintas Unidades, centros u organismos del Ministerio de Defensa que (apartado 3.a)) “a) *Las mujeres no podrán ser asignadas a puestos de unidades de la fuerza, excepto si han manifestado expresamente su voluntariedad para ello*”.

Fuera de estas previsiones no habían más en la redacción original de esta norma, pese a su rimbombante preámbulo, y en realidad, serán los desarrollos reglamentarios posteriores de esta Ley, y la ulterior modificación de algunos artículos de la misma (fundamentalmente a raíz de la LO 3/2007) los que en realidad supongan la adopción de medidas adecuadas para favorecer la igualdad efectiva de la mujer y su integración en las Fuerzas Armadas de forma plena.

en el mismo término municipal.” ampliándose también esta posibilidad al período de lactancia en el apartado 2, con el siguiente tenor “2. *También podrá asignarse dicho puesto durante el período de lactancia por hijo menor de nueve meses, cuando la madre hubiera optado por solicitar reducción de la jornada laboral, siempre que sus ausencias por esta causa fuesen incompatibles con las necesidades del servicio del destino que ocupaba antes del embarazo.*” Y para hacer más factible esta posibilidad de cambio de puesto de trabajo, en el Artículo 23 f) de este Reglamento, como motivo de las comisiones de servicio se estableció expresamente “f) *Asignar un puesto compatible con el estado de gestación de la mujer y durante el período de lactancia, conforme a lo establecido en el artículo 21 del presente Reglamento.*”

⁴⁹² Su D.A. Decimotercera, bajo el título “Suspensión de la prestación del servicio militar” estableció la suspensión de la prestación del servicio militar obligatorio regulado por LO 13/1991, de 20 de diciembre a partir del 31-12-2002 y las operaciones de reclutamiento del personal nacido con posterioridad al 31-12-1982. Posteriormente, por Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar al 31-12-2001.

Antes de esa modificación de la LO 3/2007, se pueden apreciar cronológicamente distintos cambios normativos en el ámbito estatutario militar que ahora estamos analizando, derivadas de los mandatos contenidos en las Leyes 39/99 y LO 1/2004.

Así, es de destacar que en virtud de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 39/1999, 5 noviembre, *para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* se modificó el Art. 141 de la Ley 17/1999, regulador de la situación de excedencia voluntaria, que en su apartado e) pasó a regular la situación de excedencia para quienes *“Lo soliciten para atender al cuidado de los hijos, por naturaleza o adopción. En este supuesto tendrán derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que vinieran disfrutando. Este derecho no podrá ser ejercido por el padre y la madre simultáneamente”*⁴⁹³.

⁴⁹³ Es importante citar al respecto el R.D. 431/2002, de 10 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional*, vigente en ese momento, y en virtud del R.D. 1202/2006, de 20 de octubre, para adecuarlo a la LOVG, se modifica el título de la Sección 4ª para añadir la posibilidad de asignación de puestos por razón de violencia de género (quedará como “Asignación de puestos durante los períodos de embarazo y lactancia o por razones de género), y se añadirá el art. 21 bis con el siguiente tenor (prácticamente igual a la redacción actual contenida en el RD. 456/2011 vigente que indicaremos más adelante):

- “Artículo 21 bis Asignación de puestos a la militar víctima de violencia de género:
1. La militar víctima de violencia de género que, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, se vea obligada a abandonar el destino donde venía prestando sus servicios, podrá solicitar la asignación de un nuevo destino en el mismo término municipal o en otro diferente.
 2. En la petición se hará una relación por orden de preferencia del término o términos municipales, y dentro de éstos las unidades, centros u organismos, a los que se solicita el traslado. Esta petición irá acompañada de una copia de la orden

Con posterioridad, la Orden Ministerial 102/2004, de 16 de mayo, *procedió a regular los permisos por guarda legal y por lactancia para los Militares Profesionales*. Esta Orden aplicó los criterios, vigentes en esa época, establecidos en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, al personal militar, todo ello por mandato del antes manifestado art. 154 de la Ley 17/1999, disposición que posteriormente será derogada por la OM 121/2006 a la que luego haremos alusión más profusamente, en vigor hasta hace pocas fechas y a la vigente Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas⁴⁹⁴.

Asimismo, por Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, se procede a la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, *por el que se aprueban medidas para favorecer la*

de protección o, excepcionalmente hasta tanto se dicte dicha orden, del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

3. El nuevo destino asignado deberá figurar en la plantilla de destinos, encontrarse vacante y su nivel retributivo no ser superior al del destino de origen. La militar deberá reunir los requisitos exigidos en la plantilla de destinos. Para la asignación del destino, entre las posibles vacantes existentes en el término o términos municipales solicitados, se tendrá en cuenta aquella cuya cobertura sea prioritaria.

4. En el caso de que no existan vacantes con las características requeridas, se comunicará a la solicitante aquellos términos municipales más próximos a los solicitados y en los que existan vacantes, a efectos de que pueda manifestar sus preferencias.

5. La asignación del destino tendrá carácter forzoso.

6. En el caso de que la militar sea de nuevo víctima de violencia de género o se requiera para recibir la asistencia social integral, podrá solicitar un nuevo destino, por el mismo procedimiento descrito en este artículo, aunque no haya cumplido el tiempo mínimo de permanencia en su destino”.

⁴⁹⁴ BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2015.

*incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas*⁴⁹⁵.

Esta Orden aunque refleja que España es “probablemente” el país de la OTAN que haya alcanzado un porcentaje del 10,9% de mujeres (que existía en ese momento, porcentaje cercano al actual) en sus Fuerzas Armadas en menos tiempo, supone el reconocimiento implícito de que había mucho que hacer todavía fuera del reconocimiento formal de la igualdad, y para potenciar la igualdad de género se establecen las siguientes medidas:

- Se crea el Centro de estudio sobre la situación de la mujer en las Fuerzas Armadas (*Observatorio de la Mujer en las FAS*), dependiente de la Subsecretaría de Defensa, con la función de analizar los procesos de selección y las situaciones de integración y permanencia de las mujeres en las Fuerzas Armadas, al que se encarga, además la elaboración de un estudio sobre el impacto de género en el ámbito laboral castrense y la aportación de la mujer en las Fuerzas Armadas⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ BOE de 8 de Marzo de 2005.

⁴⁹⁶ Es interesante señalar que el Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas, durante su funcionamiento tuvo escasa (por no decir nula) actuación en cuanto a favorecer la igualdad de género en las FAS, habiéndose dedicado únicamente a la realización de estadísticas porcentuales de participación de la mujer en las distintas Unidades y destinos de las FAS, empleos, Escalas, o informes internos. Cuando el autor de este trabajo, en la práctica, procedió a acudir a dicho Observatorio para denunciar casos de discriminación o acoso por razón de género, no ha tenido ninguna consecuencia práctica tal denuncia, y ni tan siquiera se nos ha comunicado haber adoptado medida alguna, y ello ante actuaciones flagrantes de discriminación que han tenido que ser objeto de tutela en la jurisdicción correspondiente, como veremos más adelante. Hoy se denomina Observatorio militar para la igualdad entre mujeres y hombres en las Fuerzas Armadas y puede verse su portal en <http://www.defensa.gob.es/ministerio/organigrama/subdef/digenper/omi/>

- Se acuerda el establecimiento de un programa para la *creación de centros infantiles*, al objeto de facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas y del personal civil a su servicio, en determinadas Unidades Militares, así como se fomenta la creación de convenios marco y convenios específicos con las respectivas comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía donde estos centros vayan a instalarse⁴⁹⁷.
- Se manifiesta que se desarrollarán proyectos para la adaptación de los alojamientos en las unidades de las Fuerzas Armadas, a fin de adecuarlos a las condiciones de calidad de vida de la mujer⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ En relación a los centros infantiles, es de destacar que no se han cumplido en absoluto las previsiones establecidas en esta Orden de creación de centros infantiles en el período 2005-2007, aunque hay que reconocer que se han establecido convenios de colaboración con distintas Comunidades Autónomas como intento de favorecer la problemática del cuidado de hijos menores durante el horario laboral, dándose la circunstancia de que con los años que ya han pasado desde que se incorporó la mujer a las FAS, existen numerosas familias en las que ambos miembros son militares profesionales, y con la complicación añadida de la frecuente lejanía de los grandes acuartelamientos de las ciudades próximas. Se pueden citar los siguientes convenios suscritos con distintas Comunidades, a modo de ejemplo: Resolución 420/38035/2008, de 3 de marzo, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica Convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Comunitat Valenciana, para la creación y funcionamiento de escuelas de educación infantil de primer ciclo dependientes del Ministerio de Defensa (BOE 14 Marzo 2008); Resolución Defensa 95/2006 de 13 Jul. (Convenio de Colaboración entre Ministerio de Defensa y Gobierno de Aragón, creación y funcionamiento de escuelas de educación infantil dependientes de dicho Ministerio); Resolución 81/2006 de 30 May. (convenio de colaboración M.º de Defensa-CA Murcia para la creación y funcionamiento de centros de atención a la infancia, dependientes del Ministerio de Defensa); Resolución Defensa 73/2003, de 23 May. (Convenio de Colaboración entre la CA Madrid y el Ministerio de Defensa para la creación y funcionamiento de centros de educación preescolar dependientes de dicho Ministerio).

⁴⁹⁸ En relación a la adaptación de los acuartelamientos para adecuarlos a las condiciones de calidad de vida de las mujeres, es cierto que se han adoptado medidas para que tengan vestuarios y residencias diferenciadas, aunque seguramente serían muchas de estas actuaciones mejorables, pero es preciso

- Se establece que se garantizará la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso (Juntas de Evaluación).- siempre que existan mujeres con el empleo requerido para formar parte de los citados órganos⁴⁹⁹.
- Por último, se establece que se adecuará el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas en relación al acoso sexual⁵⁰⁰.

recordar que cuando se dicta esta Orden ya hacía QUINCE AÑOS desde que se produjo la incorporación de la mujer en las FAS (aunque también hay que reconocer, como antes hemos dicho, que el mayor incremento porcentual se produce a partir de la suspensión del servicio militar obligatorio, en el año 2001).

⁴⁹⁹ En cuanto a la presencia de la mujer en los órganos de evaluación para el ascenso, efectivamente el art. 5. 8 del vigente RD 168/2009 de 13 Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería, establece que “Las juntas deberán contar con vocales de ambos sexos siempre que lo permita la existencia de mujeres con empleo apropiado a la composición de cada junta, adecuándose en lo posible a la aplicación equilibrada del criterio de género.”, aunque es de señalar que nada se modificó del Reglamento anterior en este sentido.

⁵⁰⁰ En este último sentido, es de destacar que en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LO 8/1998, de 2 de diciembre) se regulaban como Falta grave, las actuaciones que supongan un atentado contra la libertad sexual de “las personas” (art. 8.23), salvo que constituya infracción superior o delito, y como falta muy grave (o sanción disciplinaria extraordinaria del art. 17.7) el “Realizar cualquier actuación que afecte a la libertad sexual de inferiores o iguales, del mismo o distinto sexo, prevaleciendo de la condición de superior que se ostente, de la mayor antigüedad en el servicio, en las Fuerzas Armadas o en la Unidad o destino, de superioridad física o de cualquier otra circunstancia análoga, cuando tal actuación no constituya delito.” Con ello en realidad no se atendió específicamente a las situaciones de acoso sexual a la mujer en concreto, o incluso, como sería conveniente, de simple acoso por razón de género perspectiva mucho más amplia que el simple acoso sexual. En este sentido efectivamente, como veremos después, en el vigente régimen disciplinario para las FAS (LO 8/2014, de 4 de diciembre), se ha desarrollado más en profundidad esta materia, al igual que en el vigente Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, si bien consideramos que pueden haberse extralimitado estas normas del “estricto ámbito castrense” al que debe ceñirse la jurisdicción militar.

En el año 2007, en virtud de la DA 20ª de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se producen distintas modificaciones normativas en la Ley 17/1999, de 18 de mayo (que recordemos es la segunda gran norma general estatutaria del Personal Militar), como son las siguientes:

- -En el art. 108.2 se establece, en cuanto a los órganos de evaluación que “Reglamentariamente se determinará la composición, incompatibilidades y normas de funcionamiento de los órganos de evaluación, adecuándose en lo posible al principio de composición equilibrada en los términos definidos en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En todo caso, estarán constituidos por personal militar de mayor empleo que los evaluados.” Como ya hemos visto antes, esta previsión ya se contenía en la Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, y fruto de ambas previsiones, finalmente se dispuso en el art. 5.8 del vigente Reglamento de Evaluación.
- En el art. 112.4, al regular las condiciones para el ascenso, se matiza que “A la mujer se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos de militar profesional”⁵⁰¹.
- En el art. 141, para la situación de excedencia voluntaria, se modifica la letra e), estableciendo la posibilidad de Militares de Carrera y de Tropa y Marinería que mantienen una relación de

⁵⁰¹ Este mandato legal, así como el previsto en el art. 90 de la posterior Ley 39/2007, se encuentra desarrollado posteriormente en el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería (BOE 14 Febrero 2009) al que luego haremos alusión.

servicios de carácter permanente⁵⁰² de pasar a la situación de Excedencia cuando “Lo soliciten para atender al cuidado de los hijos o en caso de acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de hasta seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditados por los servicios sociales competentes.

También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a un año los que lo soliciten para encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

No podrá concederse la situación de excedencia voluntaria por estas causas cuando al cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o a otro familiar del militar se le hubieran reconocido los derechos derivados de esta situación administrativa y en relación al mismo causante.

⁵⁰² Hay que tener en cuenta que sólo unos pocos Militares de Tropa y Marinería podían acceder a la condición de “permanentes” (hoy ya de Carrera) mediante un proceso selectivo y a las vacantes que se ofertaran, siendo la mayoría del personal de Tropa y Marinería simplemente Militares de Empleo (con compromisos renovables de forma “selectiva” hasta los 6 años, y después con la suscripción de un compromiso de Larga Duración hasta los 45 años, que pasarían a la situación de reservistas de especial disponibilidad).

A la situación de excedencia voluntaria también se pasará por agrupación familiar cuando el cónyuge resida en otro municipio por haber obtenido un puesto de trabajo de carácter definitivo en cualquiera de las Administraciones públicas o un destino de los contemplados en el artículo 126⁵⁰³.

- En el art. 148, en relación a la Finalización y resolución de compromiso de los Militares de Tropa y Marinería y de Complemento, se establece en su apartado 6 que, cuando finalicen su compromiso y se encuentren en las situaciones de incapacidad temporal por accidente o enfermedad derivada del servicio, o en situación de embarazo, parto o posparto, se les prorrogará su compromiso hasta finalizar estas situaciones. (Previsión legal que ya había sido adoptada en la Ley 8/2006, tal y como hemos visto, y desarrollada por RD. 1412/2006).

No obstante, la Ley 17/1999 pronto dejará de estar en vigor en todas estas cuestiones⁵⁰⁴, siendo sustituida por la vigente Ley 39/2007, de 19 de noviembre, que será la tercera norma estatutaria general para el personal militar desde la aprobación de nuestra Constitución. Ahora bien, antes de pasar a su análisis, es preciso recordar, que el art. 65 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, establece un mandato general de respeto al principio de igualdad entre mujeres y hombres en la normativa de personal de las Fuerzas Armadas, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas; así como, en su art. 66, el mandato de aplicabilidad directa de las normas referidas al personal de las Administraciones Públicas, en materia de igualdad,

⁵⁰³ Esta regulación cambia posteriormente como veremos a continuación con la Ley 39/2007.

⁵⁰⁴ Excepto los artículos 150 a 155, 160 a 162; la disposición final 2.ª; las disposiciones adicionales octava, undécima y duodécima; las disposiciones transitorias tercera, séptima, octava, décima apartado 2, undécima, decimoquinta, decimosexta y el apartado 4 de la disposición derogatoria única, conforme establece el número 1 de la disposición derogatoria única de Ley 39/2007.

prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional si bien con la coetilla de que ello será “*con las adaptaciones que resulten necesaria en los términos establecidos en su normativa específica*”⁵⁰⁵. En el mismo sentido los arts. 67 y 68 para el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

c' Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería

Siguiendo con el análisis cronológico de la normativa estatutaria militar en relación a la materia que analizamos, el siguiente hito será la vigente Ley 8/2006, de 24 de abril, *de Tropa y Marinería*⁵⁰⁶, que, aunque no sea una norma estatutaria general para todos los militares, debemos estudiar también específicamente por cuanto el mayor número de militares en las Fuerzas Armadas lo constituye el personal de Tropa y Marinería, y por tanto, también estadística y proporcionalmente, se verán afectadas la mayoría de las mujeres militares por la misma.

Esta norma regula el sistema de compromisos de los Militares de Empleo de esta categoría profesional, y en cuya Disposición adicional quinta, bajo el título de “Medidas complementarias de protección social”, se reguló el derecho de las militares que al finalizar su compromiso se encontraran en situación de embarazo, parto o posparto, junto al personal que se encontrara de baja laboral acaecida en acto de servicio, a no causar baja en las Fuerzas Armadas. De este modo, se reconoce el derecho a prorrogándoseles el compromiso hasta finalizar esta situación, lo que les supone la

⁵⁰⁵ Como hemos podido apreciar, hasta este momento ya se habían prácticamente adoptado a la normativa militar formalmente todas estas normas relativas a estas materias.

⁵⁰⁶ BOE de 25 de Abril 2006.

continuación en la percepción de retribuciones y asistencia sanitaria por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS).

El desarrollo reglamentario de esta previsión legal se produce por el Real Decreto 1412/2006, de 1 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento que establece el procedimiento para la aplicación de las medidas de protección social para los Militares de Complemento y de Tropa y Marinería*⁵⁰⁷, actualmente en vigor, que en su art. 3 define las situaciones de embarazo, parto y posparto, abarcando “*el ámbito temporal comprendido entre la certificación facultativa del embarazo por la sanidad militar y la finalización de las dieciséis semanas posteriores al parto*”, y la previsión de que este derecho se aplicará automáticamente salvo renuncia expresa.

Esta regulación normativa tendrá principal incidencia en la problemática de la mujer en las Fuerzas Armadas, pues establecida la necesidad de la renovación de los compromisos de los militares de empleo con evaluaciones selectivas hasta los seis años de servicio profesional, será en esas renovaciones de compromisos cuando se produzcan en la práctica las principales situaciones de discriminación hacia la mujer. Ya que se vienen utilizando criterios de absentismo laboral elevado (por situaciones de baja laboral derivadas en muchas ocasiones por problemas femeninos o por la maternidad, que no son conceptuados como tales y se aplican para eludir renovaciones de compromiso de personal femenino que haya estado mucho tiempo de baja), o por supuesto “bajo rendimiento” cuando se hayan producido estas situaciones, la imposibilidad de pasar las pruebas físicas anuales reglamentarias por estos motivos, etc.

No son pocos los problemas que, en este sentido, hemos podido detectar a lo largo de nuestro ejercicio profesional en la materia.

⁵⁰⁷ BOE de 2 de Diciembre 2006.

d' Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre, por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas

Otra disposición normativa sumamente importante en este ámbito, en el estudio cronológico que vamos efectuando, será la Orden Ministerial 121/2006, de 4 de octubre⁵⁰⁸, *por la que se aprueban las normas sobre jornada y horario de trabajo, vacaciones, permisos y licencias de los Militares Profesionales de las Fuerzas Armadas*, en la que se encuentran numerosas previsiones en relación a la igualdad de la mujer, la violencia de género, y la conciliación de la vida laboral y familiar.

En su preámbulo se recogía con claridad que la Ley 17/1999, de 18 de mayo, *de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas* dispone en su artículo 154.1, que los Militares Profesionales estarán en disponibilidad permanente para el servicio y que su régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas de las unidades y a las de funcionamiento de los centros y organismos, pero que también su artículo 154.2 dispone que los Militares Profesionales tienen derecho a disfrutar los permisos y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las adaptaciones a la estructura y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por el Ministro de Defensa. Y previo reconocimiento de que en los últimos años la Administración General del Estado ha experimentado una profunda evolución en el ámbito social, con la introducción de normas para facilitar la

⁵⁰⁸ BOD de 9 de octubre de 2006. Hoy en día sustituida por la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas (BOE nº 42 de 18-02-2015).

conciliación de la vida personal, familiar y laboral y para tratar de paliar el impacto de la violencia de género, se dice que es totalmente necesario proceder a regular nuevamente el régimen de horarios y permisos del personal militar, pues estaba regulado previamente por órdenes ministeriales dispersas y desfasadas (algunas con vigencia de más de 20 años)⁵⁰⁹, máxime con la plena profesionalización e incorporación de la mujer en las Fuerzas Armadas.

En esta Orden se recogerán, en su momento, las siguientes regulaciones:

a) En materia de *violencia de género*, en su Anexo I “Normas sobre Jornada y Horario de Trabajo”, norma sexta, en relación a la reducción de jornada, punto 5, se disponía que “*La militar que sea víctima de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho a la reducción de jornada, con disminución proporcional de las retribuciones básicas y complementarias, o a la adaptación del horario de trabajo, de acuerdo con lo que determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda. Con carácter general, se exonerará de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el ejercicio de este derecho.*” También figuraba reglado por apéndice al anexo I la forma de proceder al cálculo de las retribuciones reducidas.

Por su parte, en el Anexo II “*Normas sobre vacaciones y permisos*”, en su norma segunda “Permisos” apartado 13, se dispone que “En los casos en que una militar víctima de violencia de género tuviera que ausentarse durante el tiempo y en las condiciones que determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda,

⁵⁰⁹ Las anteriores normas que regulaban los horarios y los permisos en el ámbito del Ministerio de Defensa eran de 1984, como puede observarse en la disposición derogatoria de esta OM 121/2006.

las faltas de asistencia total o parcial tendrán la consideración de justificadas.”

b) En materia de *conciliación de la vida familiar y laboral*, podemos citar que la Norma tercera del Anexo I de la OM 121/2006, en su apartado de “*Medidas de flexibilidad horaria*” disponía el derecho (Punto 1) a flexibilizar en una hora diaria a los militares que tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad, incluso familiares directos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con enfermedad grave, que se aumenta a dos horas en caso de hijos discapacitados para conciliar con los horarios de los propios centros educativos especiales de éstos (punto 2), dejando una cláusula general excepcional a los Jefes de Unidad, Centro u Organismo (punto 3) para conceder esta misma flexibilidad de dos horas por motivos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y profesional (haciendo referencia especial a las familias monoparentales), así como regulando (punto 4) las ausencias del trabajo para someterse a técnicas de fecundación asistida por el tiempo necesario a tal efecto, y el derecho a ausentarse por el tiempo necesario para asistir a reuniones de coordinación de centros de educación especial para hijos con discapacidad (punto 5), aunque dejando siempre la “coletilla” (punto 6) de que “*Las medidas anteriores estarán condicionadas a las necesidades del servicio, si bien estas necesidades procurarán atenderse con otros medios y solo en último extremo condicionarán su aplicación*”⁵¹⁰.

⁵¹⁰ En este sentido de las “necesidades del servicio”, es interesante la noticia que aparece en el siguiente enlace: <https://www.atme.es/un-mes-y-un-dia-de-arresto-a-tres-militares-por-no-tener-con-quien-dejar-a-los-hijos/> (última visita el 23/01/2018) dejando constancia también el autor de este trabajo de multitud de problemas por la indebida utilización de esas necesidades del servicio para recortar estos derechos, que son vistos por algunos mandos militares como “privilegios” cuando son derechos laborales que ha costado mucho conseguir.

c) En la norma Sexta, del Anexo I, *en materia de reducción de jornada*, se establece el derecho a la reducción de jornada entre un medio de la jornada de trabajo diaria y el período de reducción previsto en la norma tercera, para el militar que tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o persona mayor o disminuido psíquico, físico o sensorial que no desempeñe actividad retribuida (destacando que no se entiende como tal la percepción de una pensión por este motivo) y que requiera especial dedicación, con la disminución proporcional de sus retribuciones, regulada también en la norma. Se regula también el derecho a la misma reducción para el cuidado directo de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad que por razones de edad avanzada, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida alguna.

Asimismo se establece que en estos casos, se quedará exonerado de la realización de guardias, servicio, maniobras o actividades análogas que pudieran interferir este derecho “*cuando las necesidades del servicio no lo impidan*” señalándose una diferenciación en este sentido hacia las familias monoparentales, a las que “*sólo en último extremo condicionarán la concesión de la reducción de la reducción de jornada*” estas guardias, servicios, maniobras o actividades análogas. Se exige siempre valorar las necesidades del servicio de manera individualizada, caso por caso, pero estas pueden ser “revisadas” por “circunstancias sobrevenidas”.

Se regula también el derecho a ausentarse del lugar de trabajo por un máximo de dos horas diarias, sin pérdida de retribuciones, y otras dos horas diarias adicionales (con disminución proporcional de retribuciones) en caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier motivo, deban permanecer hospitalizados después del parto, quedando exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran el disfrute de esta reducción.

Se establece posteriormente la matización de que si al militar que disfrute la reducción de jornada le fuera concedido el permiso por maternidad o paternidad, tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras durante el tiempo de ese permiso, así como la reducción de jornada hasta el cincuenta por ciento por enfermedad grave de familiar directo de primer grado sin reducción de retribuciones por el plazo máximo de un mes, quedando exonerado de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas⁵¹¹.

d) En el punto tercero, todavía de esta norma sexta, por *lactancia* de un hijo menor de doce meses, se otorga el derecho a reducción de la jornada laboral en una hora que podrá dividirse en dos fracciones, o en una media hora al inicio y al final o una hora al inicio o al final de la jornada, pudiendo ejercitarse tan sólo por el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen; y si existen dos o más hijos menores de doce meses, el tiempo de reducción se multiplicará por el número de hijos a cuidar.

A instancia de la madre, esta reducción de jornada se podrá acumular en un permiso por el tiempo proporcional, con una duración máxima de cuatro semanas (que también se incrementará proporcionalmente en caso de parto múltiple). La reducción de jornada por esta causa dará derecho a la exoneración de guardias, servicios, maniobras y otras actividades análogas, y será acumulable a la de guarda legal y otros permisos a que se tenga derecho, no contabilizándose el derecho a la reducción de jornada para la disminución de retribuciones.

También se establece la posibilidad, siempre que sea compatible con la naturaleza del puesto de trabajo y las necesidades

⁵¹¹ Según la modificación posterior de esta OM 121/2006 operada por las O. M. 107/2007, de 26.07.2007. BOD. 151/2007 y O. M. 3/2011, de 15.02.2011. BOD. 37/2011.

del servicio, en puestos de trabajo con Complemento de destino o de empleo inferior al nivel 28, al establecimiento de una jornada reducida, ininterrumpida, de las nueve a las catorce horas, de lunes a viernes, pero esta modalidad de jornada reducida se establece incompatible con la reducción de jornada por guarda legal o lactancia y con la prestación de servicios en régimen de especial dedicación, y no se exonerará al solicitante de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas.

e) Asimismo, en el punto 6 de esta norma sexta (Anexo I) se prevé el derecho (siempre que ambos progenitores trabajen) a una reducción de jornada de al menos la mitad de la duración normal, con exoneración de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas que la interfieran, percibiendo retribuciones íntegras, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad, por naturaleza, adopción o acogimiento (preadoptivo o permanente) afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

En el caso de que ambos progenitores tengan el mismo derecho a percibir retribuciones íntegras, sólo uno de ellos ejercerá este derecho, sin perjuicio del derecho del otro a la reducción de jornada que corresponda, con reducción de retribuciones. Así mismo, en el supuesto de que ambos presten sus servicios en el mismo órgano o entidad, se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio⁵¹².

⁵¹² Este derecho es reconocido por O. M. 15/2012, de 13.03.2012. BOD. 52/2012.

f) Y en el anexo II, *en materia de permisos*, se establecen unos permisos similares a los de los funcionarios públicos, reflejando, en la materia que aquí nos interesa, los establecidos por fallecimiento o enfermedad grave de familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad 3 o 5 días según se produzca en la misma o distinta localidad a la de destino, o 2 y 4 días respectivamente si el familiar es de segundo grado de consanguinidad o afinidad(punto 3), en el punto 6 se regula la cláusula general del permiso “por el tiempo indispensable” para cubrir las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral, el permiso de quince días de matrimonio (punto 7), en el punto 8 se regula el derecho de las militares embarazadas a ausentarse del trabajo para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por el tiempo necesario para su práctica y previa justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.

El permiso de maternidad se regula en el punto 9⁵¹³ con una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas (ampliable en dos semanas más por discapacidad de hijo o por cada hijo a partir del segundo), distribuible su duración a opción de la madre (excepto las seis semanas inmediatamente posteriores al nacimiento de obligatorio descanso), y regulándose también que el padre podrá hacer uso de todo o parte del permiso que reste en caso de fallecimiento de la madre. También se establece la posibilidad de la madre al iniciarse el período de cesión (a excepción de las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al nacimiento) al padre (en el caso de que ambos trabajen) de una parte determinada e ininterrumpida de ese permiso, de forma simultánea o sucesiva a la misma, y permaneciendo este derecho aun cuando la madre, al ir a reincorporarse al trabajo, estuviere en situación de baja médica temporal.

⁵¹³ En redacción otorgada por O. M. 107/2007, de 26.07.2007. BOD. 151/2007.

Asimismo, como en el caso de los funcionarios civiles, se matiza que en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato debe permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales; en los supuestos de adopción o acogimiento de menores (punto 10)⁵¹⁴, tanto preadoptivo como permanente o simple, el permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas, también ampliable en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada menor, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple, computándose el plazo, a elección del militar, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de disfrute de este permiso.

En el caso de que la madre y el padre trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos. Y si fuera necesario el desplazamiento previo a la adopción o acogimiento internacional, al país origen del menor, se tendrá derecho a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas. En este último caso, el permiso por adopción o acogimiento podrá adelantarse también cuatro semanas a estos efectos.

Estos permisos previstos en los puntos 9 y 10, podrán solicitarse a tiempo parcial, siempre que sean cubiertas las necesidades del servicio, ampliándose proporcionalmente el período de permiso, y quedando exonerado de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas. Y en el punto 12 se regula el permiso por

⁵¹⁴En redacción otorgada por O. M. 107/2007, de 26.07.2007. BOD. 151/2007.

paternidad⁵¹⁵, de manera que con independencia de lo anterior, el padre podrá disfrutar de un permiso de cuatro semanas a partir de la fecha de nacimiento o decisión administrativa o judicial de adopción o acogimiento⁵¹⁶.

e' Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar

Como decíamos, la última y vigente norma general estatutaria militar, y que tenemos que citar en este estudio cronológico de aparición normativa en el ámbito laboral que nos ocupa, es la Ley

⁵¹⁵ En redacción otorgada por O. M. 107/2007, de 26.07.2007. BOD. 151/2007 y posterior O. M. 3/2011, de 15.02.2011. BOD. 37/2011.

⁵¹⁶ Para el personal de la Guardia Civil esta regulación de adaptación a los permisos del funcionario en general, en materia de conciliación familiar y laboral, se produjo paralelamente por el denominado “Plan Concilia” de la Guardia Civil, por Orden General número 2/2006, de 17 de febrero, por la que se modifica la O.G. 39/1984, de 19 de junio, sobre “Clasificación, concesión y regulación de permisos al personal del Cuerpo”, posteriormente se dictó la O.G. 7/2009, de 5 de noviembre, y más tarde, se refundieron todas estas cuestiones por la Orden General número 2/2013 de 8 de abril de 2013 (BOGC de 16 de abril), por la que se publicó el Texto refundido que regula las normas de vacaciones, permisos y licencias del personal del Cuerpo de la Guardia Civil. En la actualidad esta cuestión se determina por la O.G. 1/2016, de 22 de enero de 2016, por la que se regulan las vacaciones, permisos y licencias del personal de la Guardia Civil (BOGC nº 4 de 22 de enero de 2016). Es de resaltar que la Guardia Civil tiene la “costumbre” de regular la mayoría de su régimen estatutario en virtud de Órdenes Generales que únicamente son publicadas en el BOGC que no es de acceso público y con mayor dificultad de localización incluso que el BOD, lo que el autor de este trabajo no se cansa de denunciar, por la ausencia de la publicidad necesaria para posteriormente exigir su cumplimiento, así como la propia calificación de dichas órdenes como simples instrucciones administrativas; no obstante la realidad práctica y jurisprudencial es su admisión. Para facilitar la consulta de esta O.G. 1/2016, señalamos el siguiente enlace donde se puede ver el BOGC publicado: <http://www.elfaroverde.com/descargas/ordeneyresoluciones/OG%201%202016VACACIONES%20PERMISOS%20LICENCIAS.pdf> (Última visita el 22/01/2018).

39/2007, de 19 de noviembre, *de la Carrera Militar*⁵¹⁷, en cuyo articulado podemos observar las siguientes previsiones en materia de igualdad, violencia de género y conciliación de la vida familiar y laboral:

En su preámbulo, punto III, ya se establecen como criterios generales que: “Tanto en las Reales Ordenanzas como en las regulaciones reglamentarias del régimen del personal militar profesional se incorporarán los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, *del Estatuto Básico del Empleado Público*, con las adaptaciones debidas a la condición militar. La igualdad efectiva de mujeres y hombres en todo lo relacionado con el acceso a las Fuerzas Armadas, su formación y carrera militar es otro de los objetivos de la ley para responder a las nuevas realidades de los Ejércitos, donde la mujer ya está presente en una proporción progresivamente en aumento. Asimismo, se pretende conjugar la disponibilidad permanente para el servicio, específica de los militares, con la conciliación de la vida profesional, personal y familiar”.

Esto mismo se reitera en el art. 5 en relación a la aplicación del EBEP al régimen del personal militar profesional (añadiendo nuevas “coletillas” a la previsión de la LO 3/2007 como “*siempre que no contradigan su legislación específica*”, indicando que esa adaptación se realizará “*mediante normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar*”), y en el art. 6 en relación a la “igualdad de género y conciliación de la vida profesional, personal y familiar” con el siguiente tenor:

“1. La igualdad de trato y de oportunidades es un principio que en las Fuerzas Armadas se aplicará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de

⁵¹⁷ BOE de 20 de noviembre de 2007.

22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que estará especialmente presente en el desarrollo y aplicación de esta ley en lo relacionado con el acceso, la formación y la carrera militar.

2. Las normas y criterios relativos a la igualdad, la prevención de la violencia de género y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar establecidos para el personal al servicio de la Administración General del Estado serán aplicables a los militares profesionales con las adaptaciones y desarrollos que sean necesarios. En las normas correspondientes se incluirán también las medidas que sean de aplicación específica en el ámbito de las Fuerzas Armadas.”

En el art. 56.6 en relación a los requisitos de ingreso en los centros docentes militares, se establecerá que “En los procesos de selección no podrán existir más diferencias por razón de género que las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. Reglamentariamente se determinará la forma en que las aspirantes realizarán las pruebas si están condicionadas por embarazo, parto o posparto asegurando, en todo caso, su protección”.

Por su parte, en el art. 72, en cuanto al régimen de los alumnos de cursos de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional, establece que “A las mujeres se les facilitarán, conforme a lo que se establezca reglamentariamente, nuevas oportunidades de asistir a los citados cursos cuando por situaciones de embarazo, parto o posparto no puedan concurrir a la convocatoria.”, simplificando como vemos, las previsiones que al respecto de forma más detallada hemos relatado anteriormente que contenían la Ley 17/89 y 17/99 predecesoras, pero que efectivamente

en el citado desarrollo reglamentario se regulan mucho más detalladamente que en las normas legales anteriores citadas⁵¹⁸.

⁵¹⁸ Este desarrollo reglamentario se produjo por Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, *por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas* (BOE de 14 abril), en el que se amplía su ámbito de aplicación a cualquier proceso selectivo y de formación (art.2.1 y 2.2. respectivamente), y estableciéndose en su Artículo 3 las siguientes “Medidas generales” diferenciadas en los dos referidos ámbitos:

1. En el ámbito de la enseñanza de perfeccionamiento y de altos estudios de la defensa nacional:

a) Con carácter general, cuando por razón de embarazo, parto o posparto la militar profesional no pueda realizar las pruebas de selección previas, o se vea imposibilitada a asistir al curso tras ser designada alumna, tendrá derecho a:

1.º La reserva de plaza en la siguiente convocatoria del mismo curso. En el supuesto de persistir la misma situación podrá ejercitar el derecho de reserva en una segunda y última convocatoria.

2.º La exención de los requisitos de edad, en el supuesto de que figuren en la siguiente convocatoria.

3.º La exención de acreditar una titulación distinta a la requerida en la convocatoria inicial.

4.º No contabilizársele la convocatoria como consumida.

5.º En el supuesto en que para ser designada alumna hubiera tenido que superar pruebas de selección previas, la militar profesional quedará exenta de volver a realizarlas, excepto si éstas fueran pruebas médicas o físicas cuya valoración fuese determinante en el proceso selectivo correspondiente.

b) Si por motivos derivados de la situación de embarazo, parto o posparto la militar profesional causara baja del curso por superar el número de faltas establecido en la normativa que lo regula o en la convocatoria correspondiente, en el siguiente curso que realice conforme a lo indicado en el apartado 1.a).1.º de este artículo, quedará exenta de volver a cursar los módulos, materias o asignaturas ya superados.

Con independencia de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de módulos, materias o asignaturas en donde se valore la condición física, habilidad o destreza para desarrollar una determinada actividad, la convocatoria o, en su caso, los correspondientes planes de estudios, deberán determinar si se le puede aplicar la exención referida.

2. En el ámbito de la enseñanza de formación, la alumna en situación de embarazo, parto o posparto, tendrá derecho a:

- a) No causar baja en el centro docente militar de formación correspondiente ni por insuficiencia de condiciones psicofísicas, ni por no superar dentro de los plazos establecidos, las pruebas previstas en los planes de estudio.
- b) Poder fijar su residencia fuera del centro.
- c) No computársele como consumidas las pruebas o convocatorias, ordinarias y extraordinarias, a las que no pudiera comparecer por motivo de su situación.
- d) Si por razón de embarazo, parto o posparto, la alumna se viera obligada a repetir algún curso académico, quedará exenta de volver a cursar los módulos, materias o asignaturas ya superados, excepto si éstas fueran pruebas médicas o físicas cuya valoración fuese determinante en el curso correspondiente o si en el plan de estudios se determinara la asistencia obligatoria a alguna de ellas.

Por otro lado, en el Artículo 4 se establece que, atendiendo a las particularidades de cada curso, en su plan de estudios o en la convocatoria correspondiente, se adecuará el reconocimiento, en la medida de lo posible, de los siguientes derechos a las alumnas y militares profesionales alumnas que por motivos derivados de su situación de embarazo, parto o posparto, no pudieran asistir o causaran baja de algún curso de la enseñanza en las Fuerzas Armadas :

- a) Módulos, materias o asignaturas cuya superación presencial puede suplirse por medio de la enseñanza a distancia.
- b) Posibilidad de superar las pruebas en fechas alternativas, pero siempre antes de la finalización del curso.
- c) Determinación de los módulos, materias o asignaturas cuya superación de forma individualizada exime a la alumna de su posterior repetición.
- d) Adaptación del régimen de vacaciones, permisos y licencias a fin de garantizar la compatibilidad entre su situación y el régimen docente.

Y por último, el Artículo 5 establece que para acreditar la situación de embarazo, parto o pos parto, se deberá aportar la oportuna certificación médica oficial que acredite la limitación para realizar el curso o para efectuar las pruebas de selección previas, y, en línea con previsiones anteriores normativas que hemos señalado, en el art. 6 se establece la obligación en las convocatorias de los cursos de disponer un apartado específico con el epígrafe de “Protección de la maternidad” donde se indiquen expresamente las medidas generales y particulares aplicables para ese curso, ajustadas a lo dispuesto en esta norma.

Asimismo señalar que en este año 2007 se promulgó el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las

Asimismo en el art. 90, al hablar de las condiciones para el ascenso en las Fuerzas Armadas, en su punto tercero se establece como regla general que a la mujer se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a cualquier empleo militar⁵¹⁹.

En otro orden de cosas el art. 101, en materia de provisión de destinos, en sus puntos 3 y 6 en materia de violencia de género, y protección de la maternidad, se establece:

“3. La mujer militar víctima de violencia de género que se vea obligada a cesar en su destino para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, a ocupar otro destino que se encuentre vacante y cuya provisión sea necesaria.

6. Durante el periodo de embarazo la mujer militar tendrá derecho a ocupar, por prescripción facultativa, un

Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa en cuyo Artículo 15, Medidas de protección de la maternidad, se establece que: “De las actividades que se desarrollen en los puestos de trabajo, la evaluación de riesgos determinará qué procedimientos, condiciones de trabajo y exposiciones de cualquier clase que puedan incidir negativamente en la salud de las embarazadas, en la de los fetos, en la de las madres en periodo de lactancia o en la de sus hijos lactantes. Si se determinase que existen esos riesgos, se adoptarán medidas que permitan la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada.” y disponiéndose en el apartado siguiente que “Si la naturaleza del puesto no permite adoptar variaciones para eliminar el riesgo o si, a pesar de las adoptadas, el riesgo siguiera existiendo según determine el informe vinculante del servicio de prevención, se le asignará un puesto de trabajo o un puesto orgánico distinto del que viniera ocupando, produciéndose, en su caso, la reincorporación al puesto anterior cuando cese las circunstancias que motivaron la asignación de dicho puesto”.

⁵¹⁹ Este mandato legal se encuentra desarrollado posteriormente en el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería (BOE 14 Febrero 2009) al que luego haremos alusión.

*puesto orgánico o cometido adecuado a las circunstancias de su estado que podrá ser distinto del que estuviera desempeñando. La aplicación de este supuesto no implica pérdida del destino*⁵²⁰.

En este art. 101, posteriormente se añadirán los apartados 3 bis y 7, por Ley 46/2015, de 14 de octubre, en consonancia con las modificaciones producidas en este ámbito en el ámbito sancionador y penal militar, que trataremos posteriormente con mayor profundidad, con el siguiente tenor:

“3 bis. La víctima de acoso, abuso o agresión sexuales, una vez acordada la incoación del procedimiento disciplinario por falta muy grave o admitida a trámite la denuncia por delito, tendrá derecho a solicitar una comisión de servicio en distinta unidad o localidad de aquella en la que ocurrieron los hechos”.

“7. Las normas generales de provisión de destinos podrán incluir la asignación temporal de destinos al militar en el que concurren circunstancias excepcionales de conciliación de la vida profesional, personal y familiar, basadas en motivos de salud, discapacidad o dependencia del militar o sus familiares. Estos destinos se podrán asignar sin publicación previa de la vacante, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen”⁵²¹.

Conjuntamente en el art. 110, en relación a la situación de *excedencia*, se rompe con las normas anteriores estableciéndose ya una posibilidad de pasar a la situación de excedencia de todos los militares profesionales (no como antes que se veía limitada a los militares de carrera y el personal de Tropa y Marinería permanente,

⁵²⁰ Posteriormente analizaremos el vigente Reglamento de provisión de destinos, que desarrolla este mandato legal.

⁵²¹ Esto quedará perfectamente recogido en la redacción actual del vigente reglamento de destinos, que analizaremos también con posterioridad.

como citábamos en normas anteriores) en las siguientes condiciones (donde se encuentran definidas las situaciones de violencia de género y conciliación de la vida familiar y laboral previstas normativamente en la actualidad):

1. Los militares profesionales, podrán pasar a la situación de excedencia en las siguientes modalidades:

c) Excedencia voluntaria por agrupación familiar.

d) Excedencia por cuidado de familiares.

e) Excedencia por razón de violencia de género.

4. A los militares profesionales se les podrá conceder la excedencia voluntaria por agrupación familiar, sin requisito de haber prestado tiempo de servicios, cuando el cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas, Organismos públicos y Entidades de Derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y Órganos similares de las Comunidades Autónomas, así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales o un destino de los contemplados en el artículo 99.

En esta situación se podrá permanecer un tiempo mínimo de dos años, transcurridos los cuales el interesado permanecerá en el escalafón correspondiente en el puesto que ocupara en ese momento y no será evaluado para el ascenso. Al cesar en ella finalizará la inmovilización pero la pérdida de puesto será definitiva. Si se le concediese esta situación por segunda o sucesivas veces quedará inmovilizado en el puesto que tuviere en el escalafón correspondiente en el momento de la concesión.

El militar profesional en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y

disciplinarias militares, pero podrá ascender durante los dos primeros años de permanencia en esta situación siempre que tenga cumplidas las condiciones de ascenso establecidas en esta ley.

Durante el tiempo permanecido en esta situación no devengarán retribuciones ni les será computable a efectos de tiempo de servicios, trienios y derechos pasivos.

Los militares de complemento y los militares de tropa y marinería con menos de seis años de servicios, transcurridos dos años desde la fecha teórica de finalización de su compromiso, causarán baja en las Fuerzas Armadas a no ser que antes de esa fecha se reincorporen a la situación de servicio activo.

5. A los militares profesionales se les podrá conceder la excedencia por cuidado de familiares cuando lo soliciten para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza o como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo. En este supuesto, tendrán derecho a un periodo no superior a tres años, a contar desde la fecha de nacimiento de cada hijo o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.

El periodo de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a otra excedencia, su inicio pondrá fin al que se viniera disfrutando.

En caso de que más de un militar profesional generase el derecho a disfrutarlo por el mismo sujeto

causante se podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con las necesidades del servicio.

El militar profesional en esta situación tendrá su condición militar en suspenso y, en consecuencia, dejará de estar sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, pero podrá ascender durante los dos primeros años de permanencia en esta situación siempre que tenga cumplidas las condiciones de ascenso establecidas en esta ley.

Durante el tiempo permanecido en esta situación no devengarán retribuciones pero será computable a efectos de trienios y derechos pasivos y, durante el primer año de cada excedencia, como tiempo de servicios.

Los militares de complemento y los militares de tropa y marinería con menos de seis años de servicios, transcurridos dos años desde la fecha teórica de finalización de su compromiso, causarán baja en las Fuerzas Armadas a no ser que antes de esa fecha se reincorporen a la situación de servicio activo.

6. Las mujeres militares profesionales víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, podrán solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia.

Los seis primeros meses les serán computables a efectos de tiempo de servicios, condiciones para el ascenso, reserva del destino que ocupasen, trienios y derechos pasivos. Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

Durante los dos primeros meses de esta excedencia se tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras de su último destino.”

f' Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería

Como ya hemos tenido anteriormente ocasión de adelantar, en materia de evaluaciones y ascensos también se han adoptado medidas en estas materias, encontrándose (además de las específicas para los procesos de formación antes relatadas previstas en el Real Decreto 293/2009, de 6 de marzo, *por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas*⁵²².

Así podemos destacar las establecidas por el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería*⁵²³.

En el artículo primero de esta norma se establece que se tomará como tiempo de servicios (necesario para el ascenso) el transcurrido en la situación de excedencia por cuidado de familiares y por razón de violencia de género conforme al art. 110, apartados 5 y 6 de la Ley 39/2007.

⁵²² BOE de 14 de abril de 2009.

⁵²³ BOE de 14 de Febrero de 2009.

En el art. 17.c) se establece que no se darán como vacantes para el ascenso las que se produzcan por excedencia por razón de violencia de género. En el art. 26.6, se establece, en relación a las evaluaciones y proceso selectivo de ascenso por los sistemas de concurso-oposición y concurso, que *“La militar que por su situación de embarazo, parto o posparto no pudiera efectuar las pruebas físicas exigibles en alguna de las fases del proceso selectivo, realizará todas las demás pruebas que se precisen, quedando, en su caso, el ascenso condicionado a la superación de dichas pruebas. Cuando finalice la causa que motivó el aplazamiento, será convocada a realizarlas en la fecha que se determine y una vez superadas recuperará al ascender el puesto que le hubiera correspondido en el proceso selectivo asignándole la antigüedad que le corresponda”*.

El art. 31 permite a las Militares de Empleo de Tropa y Marinería aplazar la realización de cursos de actualización para el ascenso por embarazo, parto y postparto, hasta que cese la causa que motivó el aplazamiento, en cuyo momento será convocada de nuevo en la primera oportunidad, siéndole válida la evaluación efectuada en su momento, salvo que por razones extraordinarias deba ser nuevamente evaluado, y además no les contabilizará como una de las tres convocatorias de las que se dispone para el ascenso.

El art. 32 permite también el aplazamiento tan sólo de las pruebas físicas exigibles para la asistencia a los cursos de actualización, permitiéndosele realizar las demás pruebas y condicionado el resultado final del curso a la realización de las pruebas físicas, que, si no se pueden realizar antes del inicio del curso, se aplazarán las pruebas hasta la siguiente convocatoria y, si se encuentra todavía incapacitada, en la siguiente.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 18 del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de*

*ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas*⁵²⁴, para las pruebas de la enseñanza de formación en general, incluso permitiéndose el aplazamiento, por una sola vez y con reserva de plaza, de la presentación en la Academia de formación correspondiente, por estos motivos de embarazo, parto y posparto después de haber superado el proceso selectivo. En el punto 3 de este mismo artículo 18, se establece la obligación de que “En las convocatorias de los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para acceder a las Fuerzas Armadas, se dispondrá de un apartado específico con el epígrafe «Protección de la maternidad», en donde se indicarán, expresamente, los criterios generales y específicos de actuación aplicables, ajustados a lo dispuesto en este reglamento”.

En este sentido, además, es de destacar que en los procesos de promoción interna de los militares profesionales, se establece en el art. 15.4.a) el no superar el número máximo de tres convocatorias, entendiéndose consumida cuando el aspirante haya sido incluido en la lista de admitidos a las pruebas, salvo que se demuestre que no puede comparecer a las mismas por causas de fuerza mayor, por encontrarse desplazado en misión internacional, o por embarazo, parto o posparto, todo lo que deberá justificarse⁵²⁵.

⁵²⁴ BOE de 16 de enero de 2010.

⁵²⁵ Un caso práctico significativo y reciente, para demostrar la discordancia entre la realidad fáctica y la regulación normativa que estamos analizando, lo hemos tramitado recientemente reclamando la anulación de una de estas tres convocatorias a las que una mujer no pudo asistir por motivos de embarazo, presentando su solicitud en un momento en que no conocía su estado de gestación, y posteriormente viéndose imposibilitada de participar en el proceso selectivo. Lo curioso del caso es que aquella primera convocatoria fue del año 2007, existiendo reticencias por parte de la Administración de anular esa convocatoria en la que solicitó participar y no pudo, en base a que en esa fecha “todavía no se habían publicado estas disposiciones reglamentarias”.

Y por último, con carácter general el Artículo 3 de este Reglamento establece como “Principios rectores en la selección para el ingreso” los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, pero exigiendo, además otra serie de principios entre los que se encuentra el de “Igualdad de trato a mujeres y hombres. Las únicas diferencias por razón de género podrán ser las que se deriven de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso”.

g' Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas

Haciendo un análisis de la regulación vigente en la actualidad sobre esta materia, veremos que incluso se han desarrollado más estos derechos, debiendo acudir a la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas⁵²⁶, en cuyo art. 8, bajo el título de “*Permisos por razón de violencia de género*” se establece:

1. Las militares víctimas de violencia de género para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución o la reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, siempre que acredite tal situación mediante una copia de la sentencia firme, de la orden de protección o, excepcionalmente, hasta tanto se dicte dicha orden, del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de

⁵²⁶ Modificada por Resolución 430/38026/2017, de 7 de febrero y Orden DEF/1363/2016, de 28 de julio.

indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

2. Las faltas de asistencia totales o parciales de las militares víctimas de violencia de género tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda”.

Por otro lado, en su art. 7, bajo la rúbrica de “*Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional*” se regulan los siguientes permisos:

- por matrimonio (apartado a), estableciéndose en el anexo I un tiempo de quince días de permiso.

- por técnicas de fecundación o reproducción asistida (apartado b), por el tiempo necesario para su realización.

- por reuniones de coordinación en centros educativos de personas dependientes discapacitadas (apartado c) o para realización de gestiones administrativas de dichas personas.

- por exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (apartado d), por el tiempo necesario para su práctica y previa justificación de la necesidad de su realización “dentro de la jornada de trabajo”.

- por parto, adopción o acogimiento (apartado e), remitiéndose al Anexo I (Sexta) su disfrute, donde se dispone:

1. La militar, en el caso de parto, tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuirá a opción de la militar siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento

de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.

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

3. En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de discapacidad del hijo o de parto múltiple.

4. Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan, sin perjuicio de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre.

5. En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

6. El militar tendrá derecho en los supuestos de adopción o acogimiento familiar de menores preadoptivo, permanente o simple, a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada menor, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

7. En los supuestos que se reconocen en el punto anterior, el cómputo del plazo de las dieciséis semanas se

contará a elección del militar, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a un disfrute superior al de las dieciséis semanas.

8. En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en periodos ininterrumpidos. En el caso de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que ya correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

9. En el supuesto de adopción o acogimiento internacional que requiera el desplazamiento previo de los adoptantes o acogedores al país de origen del menor adoptado o acogido, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas.

10. Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en el mismo, el permiso por adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Además se prevé expresamente que durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

- por Paternidad (apartado f), permiso que se podrá disfrutar durante el período de permiso por maternidad o inmediatamente después a la finalización de éste, remitiéndose al Anexo I (Séptima) su regulación, donde se dispone:

Por el nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo, cuatro semanas a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

La duración indicada se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

Asimismo se prevé que en los supuestos de que el militar no hubiera disfrutado de este permiso por estar comisionado en una misión internacional en el exterior, se disfrutará del mismo sin perjuicio del resto de permisos que le pudieran corresponder.

- *permiso/reducción de jornada por lactancia* (apartado g), que podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores y se podrá disfrutar inmediatamente a partir de la finalización del permiso por parte, incrementándose proporcionalmente en supuestos de parto múltiple, y siendo acumulable a la reducción de jornada por guarda legal y otros permisos a los que se tenga derecho, no computándose esta reducción por lactancia en la disminución de retribuciones de la reducción por guarda legal, y en cuanto a su duración se remite al anexo I (Octava) con el siguiente tenor:

1. Por lactancia de un hijo menor de 12 meses, el militar tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, con posibilidad de fraccionar en media hora al inicio y al final de la jornada.

2. Se podrá sustituir la reducción de jornada por lactancia por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente, con una duración máxima de cuatro semanas. Dicho permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La reducción por lactancia exonerará al solicitante de la realización de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas que interfieran con este derecho.

Por otro lado, en estos tres últimos permisos (parto, adopción o acogimiento, paternidad y lactancia) se podrán disfrutar a tiempo parcial, ampliándose en consecuencia el período de su disfrute.

Asimismo, en el art. 9 se establece la “*Reducción de Jornada*” que viene definida como “*el derecho del que disfruta el militar por el tiempo determinado para cada supuesto reconocido en esta orden ministerial con la finalidad de conciliar su vida personal, familiar y profesional*”, definiéndose en los artículos siguientes los supuestos reconocidos, y matizándose que se exonerará de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas como “*medida accesoria*” así como que si se solicita una reducción de jornada inferior al tiempo mínimo establecido en los distintos supuestos, se atenderá con medidas de “*flexibilidad horaria*”.

Los supuestos son:

-Art. 10.- por razón de enfermedad muy grave de familiares de primer grado, en que se podrá solicitar una reducción de hasta el 50 por 100 de la jornada laboral, por el plazo máximo de un mes y sin merma de retribuciones, quedando exonerado de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción. Si varios militares tienen derecho a la misma reducción, el disfrute del permiso sólo será de forma parcial y se exonerará sólo a uno de ellos de realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas.

- Art. 11.- Reducción de jornada por participación en operación, despliegue o misión. Supuesto éste previsto para una reducción de jornada entre una hora y ½ jornada laboral por guarda legal de menores de 12 años, con la reducción proporcional de retribuciones, si el otro progenitor se encuentra participando en una operación, despliegue o misión en el extranjero o territorio nacional, por el tiempo que dure esa actividad, que como mínimo será de 30 días ininterrumpidos; en este supuesto se dice que el militar “*podrá*”

quedar exonerado de la realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute “*cuando las necesidades del servicio lo permitan*”, aunque se matiza que “*si bien tales necesidades procurarán atenderse con otros medios y sólo en último extremo condicionarán la exoneración*”.

- Art. 12.- Reducción de jornada por cuidado directo de persona mayor (de edad avanzada, o que por accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo) que requiera especial dedicación o discapacitado que no desempeñe actividad retribuida, no considerando como tal el percibo de una pensión. En estos supuestos se tiene derecho a una reducción de una hora a $\frac{1}{2}$ de la jornada laboral, con disminución proporcional de retribuciones. Como en el caso anterior, sólo se “podrá” quedar exonerado de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas “*cuando las necesidades del servicio lo permitan*”.

- Art. 13.- Reducción de jornada por razón de guarda legal de un hijo menor de 12 años, de entre una hora y $\frac{1}{2}$ de la jornada laboral, con la disminución proporcional de retribuciones, estableciéndose la siguiente diferenciación:

Cuando el menor no haya cumplido los 4 años, se “podrá” quedar exonerado de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de la reducción de jornada “*cuando las necesidades del servicio lo permitan*”, que se deberán atender con otros medios preferentemente.

Cuando el menor tenga una edad comprendida entre los 4 y los 7 años de edad, el militar *podrá* quedar exonerado “*cuando las circunstancias del servicio lo permitan*” de guardias, servicios, maniobras y actividades análogas que superen las 36 horas y que interfieran con el disfrute de la reducción de jornada.

Cuando el menor tenga una edad comprendida entre los 8 y los 11 años, la “posible” exoneración será para las guardias, servicios, maniobras y actividades que superen los 6 días⁵²⁷.

- Art. 14.- Se regula la reducción de jornada por razón de guarda legal de un hijo menor de 12 años cuando el militar sea progenitor o tutor de una familia monoparental, en cuyo caso, se establece el mismo derecho a reducción de jornada que en el caso anterior, pero sin distinción de edades para “poder” quedar exonerado de guardias, maniobras, actividades y servicios.

- Art. 15.- Reducción de jornada para el cuidado de hijo menor de edad afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave, prevista para el caso de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente trabajen, con una reducción de, al menos, la mitad de la duración de la jornada, pero percibiendo la totalidad de las retribuciones, durante la hospitalización y tratamiento continuado del hijo de larga duración, siempre que requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio Público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma, o en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente, y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. En este caso sí que se establece preceptivamente la exoneración de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas que interfieran con el disfrute de esta reducción.

Y para completar estos permisos en materia de conciliación familiar vigentes en la actualidad, cabe citar que en el Art. 6, además

⁵²⁷ Como puede observarse, estas previsiones son un “recorte” de los derechos a la exoneración recogidos en la anterior OM 121/2006 que establecía la exoneración de guardias, servicios, maniobras o actividades con carácter general para todas las edades (hasta los 12 años) siempre que lo permitieran las necesidades del servicio, que deberían cumplimentarse preferentemente por otros medios.

de los permisos generales por asuntos particulares (5 días), por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, por traslado de domicilio, por exámenes y pruebas de aptitud, por participación en cursos de formación, se establece también en su apartado g) un permiso por “Cumplimiento de un deber inexcusable”. Bajo el siguiente tenor: *“Al militar se le podrán conceder permisos por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y los relacionados con la conciliación de la vida familiar y profesional. A los efectos de lo dispuesto en este apartado, se entenderá por «deber inexcusable» la obligación que incumbe a una persona cuyo incumplimiento le genera una responsabilidad de índole civil, penal o administrativa”*.

En este “cajón de sastre” podremos por ejemplo, incluir permisos por el tiempo necesario para cumplir deberes en materia de recogida o entrega de menores en situaciones de ruptura de convivencia, o cualquier otra obligación impuesta judicial, legal o administrativamente.

Ahora bien, una cuestión importante es que en su Artículo 3, al definir las “Necesidades del servicio”, con carácter general, se dispone:

1. Las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones, reducciones de jornada y licencias, si bien, las limitaciones que se produzcan deberán estar motivadas.

2. La aplicación del criterio de necesidades del servicio se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada. En todo caso, se comunicará al militar afectado la decisión adoptada por escrito.

Y con carácter particular, en el apartado 3 del art. 9, en relación a la reducción de jornada, además de las particularidades que ya hemos visto previamente para cada uno de los supuestos, también se establece que *“En todos los casos, las necesidades del servicio se valorarán de manera individualizada, caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la unidad, centro u organismo donde el militar preste servicios. Si las necesidades del servicio se vieran afectadas por circunstancias sobrevenidas, el jefe de la unidad, centro u organismo correspondiente y de manera motivada, podrá reconsiderar las guardias, servicios, maniobras o actividades análogas de las que el militar hubiera sido exonerado”*.

En definitiva, se supeditan siempre las vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias a las “necesidades del servicio”, aunque se matiza que estas necesidades deberán constar por escrito y de forma justificada, motivada e individualizada, y que sólo en última instancia podrán perjudicar estos permisos, licencias y reducciones de jornada.

Por último cabe decir que para la Guardia Civil, existe una regulación un tanto diferenciada por sus especiales funciones, pero también todo ello ha sido recogido de forma paralela en la Orden General número 1/2016, de 22 de enero de 2016, por la que se regulan las vacaciones, permisos y licencias del personal de la Guardia Civil.

h' Otras normas a destacar

En materia de destinos, en la actualidad se encuentra en vigor, como adelantábamos, el Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, *por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar*

*profesional*⁵²⁸, en el que se contienen las siguientes previsiones en estas materias, muchas de las cuales han sido recientemente introducidas en el año 2017 como indicaremos de forma referencial.

En el apartado 6 del art. 7⁵²⁹, se establece:

“6. Los miembros de un matrimonio o pareja de hecho entre militares que soliciten vacantes anunciadas por una misma autoridad, dentro de la misma provincia y en las que se solapen los plazos de admisión de las solicitudes de las vacantes, podrán condicionar sus peticiones al hecho de que ambos obtengan destino en la misma provincia, en caso de no obtenerse destino por alguno de ellos, se entenderá desistida la solicitud de vacante. Los militares que se acojan a esta circunstancia deberán hacerlo constar previamente en las solicitudes de las vacantes.

Esta solicitud condicionada podrá ser realizada para vacantes distintas a las correspondientes a los jefes de unidad, centro u organismo, y las que se oferten a quienes se incorporen a una escala o superen determinados cursos de perfeccionamiento o de altos estudios de la defensa nacional.”

En el art. 10, al hablar de los destinos de concurso de méritos, permite que puedan puntuar como méritos a la hora de su baremación, entre otros:

a) El destino previo del cónyuge militar o funcionario en el municipio donde radique la vacante solicitada, siempre que se acceda desde municipio distinto.

⁵²⁸ BOE de 5 de abril de 2011.

⁵²⁹ Modificación introducida por el Artículo único del RD. 577/2017, de 12 de junio, por el que se modifica el Reglamento de destinos del personal militar profesional aprobado por el Real Decreto 456/2011, de 1 de abril (BOE de 13 de junio de 2017).

b) El cuidado de hijos, tanto cuando lo sean por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o pre adoptivo, hasta que el hijo cumpla doce años, siempre que se acredite por los interesados fehacientemente que la vacante que se solicita permite una mejor atención al menor.

c) El cuidado de un familiar, hasta segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad siempre que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, siempre que se acceda desde un municipio distinto, y siempre que se acredite fehacientemente por los interesados que la vacante que se solicita permite una mejor atención del familiar. La valoración de este supuesto será incompatible con la otorgada por el cuidado de hijos.

El art. 20.2⁵³⁰ establece que:

“Los miembros de un matrimonio o pareja de hecho entre militares con hijos menores de doce años a su cargo destinados en la misma provincia no podrán ser destinados con carácter forzoso a una provincia diferente.

Esta exención no será aplicable a las vacantes correspondientes a jefes de unidad, centro u organismo, y las que se oferten a quienes se incorporen a una escala o superen determinados cursos de perfeccionamiento o de altos estudios de la defensa nacional, ni al personal que se encuentre en la situación de servicio activo pendiente de asignación de destino.

La exención tendrá efectos a partir de la fecha en la que ambos militares certifiquen documentalmente esta

⁵³⁰ Modificación introducida por el Artículo único del RD. 577/2017, de 12 de junio, por el que se modifica el Reglamento de destinos del personal militar profesional aprobado por el Real Decreto 456/2011, de 1 de abril (BOE de 13 de junio de 2017).

situación familiar ante al Mando o Jefe de Personal de su Ejército o al Director General de Personal en el caso de militares de los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas. Ambos militares serán responsables de mantener actualizada la documentación que acredite su situación familiar.”

En el art. 21, en su apartado 9⁵³¹ se ordena que:

“El militar que haya sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos, no podrá ocupar destinos que impliquen el contacto habitual con menores. El Ministro de Defensa establecerá los criterios generales para la determinación de los puestos afectados por esta circunstancia, para los cuales será un requisito necesario de ocupación aportar una certificación negativa del Registro Central de Delinquentes Sexuales o manifestar consentimiento expreso para que el Mando o Jefe de Personal de su Ejército o el Director General de Personal en el caso de militares de los cuerpos comunes, pueda recabar la certificación de que no constan antecedentes ante dicho registro”.

En el art. 22, en sus apartados 7 y 8⁵³² se establece que:

“7. El militar que no esté ocupando un destino de jefe de unidad, centro u organismo, cuyo cónyuge o pareja de hecho militar hubiese sido destinado con carácter forzoso a otra provincia quedará exento de los plazos de mínima permanencia para solicitar vacantes a esa provincia, siempre

⁵³¹ Modificación introducida por el Artículo único del RD. 577/2017, de 12 de junio, por el que se modifica el Reglamento de destinos del personal militar profesional aprobado por el Real Decreto 456/2011, de 1 de abril (BOE de 13 de junio de 2017).

⁵³² Modificación introducida por el Artículo único del RD. 577/2017, de 12 de junio, por el que se modifica el Reglamento de destinos del personal militar profesional aprobado por el Real Decreto 456/2011, de 1 de abril (BOE de 13 de junio de 2017).

que se acceda desde otra distinta. Esta exención finalizará con la obtención de un nuevo destino solicitado con carácter voluntario o anuente, o en el momento que no se solicite alguna de las vacantes que se anuncien en esa provincia. Los militares que se acojan a esta circunstancia deberán hacerlo constar en la solicitud de vacante.

8. El militar que no esté ocupando un destino de jefe de unidad, centro u organismo, cuyo cónyuge o pareja de hecho militar hubiese sido destinado con carácter voluntario a otra provincia quedará exento de los plazos de mínima permanencia para solicitar vacantes a esa provincia por un plazo máximo de un año desde la asignación del destino al cónyuge o pareja de hecho, siempre que se acceda desde otra distinta. Esta exención finalizará con la obtención de un nuevo destino solicitado con carácter voluntario o anuente, o en el momento que no se solicite alguna de las vacantes que se anuncien en esa provincia. Los militares que se acojan a esta circunstancia deberán hacerlo constar en la solicitud de vacante.”

En la Sección 4ª de este reglamento, bajo el título de “Asignación de puestos en circunstancias extraordinarias”⁵³³, en el Artículo 26, se define la “Asignación de puestos durante los períodos de embarazo y lactancia” estableciéndose, como en normas anteriores, que durante el período de embarazo se podrá asignar a la militar, por prescripción facultativa, un puesto adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, en la misma Unidad, o en caso de imposibilidad, en comisión de servicio en otra, preferentemente en el mismo término municipal, sin que suponga la pérdida de su destino. Y en el caso de reducción de jornada por lactancia de un menor de doce meses, se podrá también asignar un puesto conforme a la previsión anterior, cuando las ausencias por la

⁵³³ En la redacción original el título era “Asignación de destinos durante los períodos de embarazo y lactancia y por razón de violencia de género” hasta la modificación establecida por RD 577/2017, de 12 de junio

lactancia fueran incompatibles con las necesidades del servicio del destino que ocupa.

Conjuntamente, en el Artículo 27, en relación a la “*Asignación de puestos a la militar víctima de violencia de género*”⁵³⁴, se prevé que a la militar víctima de violencia de género que, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, se vea obligada a cambiar su destino, podrá solicitar la asignación de un puesto, si es posible de la misma o análoga categoría, en el mismo término municipal o en otro distinto, sin estar sujeta al plazo de mínima permanencia en su destino. Dicha situación debería acreditarse ante el Mando o Jefe de personal de su Ejército o al Director General de personal (si se pertenece a los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas) acompañando sentencia condenatoria; orden de protección o en su caso; informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la solicitante es víctima de violencia de género; resolución judicial que hubiera acordado medidas cautelares penales para la protección de la víctima o certificado/informe acreditativo de atención especializada, expedido por un organismo público competente en materia de violencia de género.

Estos destinos deberán figurar en una relación de puestos militares y encontrarse vacante y la militar deberá reunir los requisitos de ocupación exigidos en la relación de puestos militares, ahora bien, en el caso de que no exista vacante con las características requeridas, se comunicarán a la solicitante los términos municipales y unidades más próximos a los solicitados con vacante, para que pueda manifestar sus preferencias.

⁵³⁴ Se modifican los apartados 1, 2 y 5, se renumera el apartado 6 como 7 y se añade un nuevo apartado 6 por el art. único.9 del Real Decreto 577/2017, de 12 de junio

La asignación del destino se realizará sin publicación previa de la vacante, a los efectos de plazos de mínima permanencia e indemnizaciones el destino tendrá carácter forzoso y el cese en su anterior destino será inmediato. Estas solicitudes seguirán una tramitación preferente y urgente.

Por otro lado, se establece en el apartado 6 de este artículo que *“La militar víctima de violencia de género tendrá derecho a la reserva del puesto de origen durante los seis primeros meses desde la asignación del destino. Durante este periodo podrá solicitar su retorno de forma voluntaria, sin estar sujeta a los plazos de permanencia en su destino”* y concluyendo el apartado 7 que *“En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia”*.

En el art. 27 bis⁵³⁵ establece, bajo el título de *“Asignación temporal de destinos por circunstancias excepcionales de conciliación de la vida profesional, personal y familiar”* que:

“1. El militar que, en aplicación del artículo 101.7 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre⁵³⁶, solicite la asignación temporal de un destino por circunstancias excepcionales de conciliación de la vida profesional, personal y familiar, lo hará para un término municipal donde existan vacantes en la relación de puestos militares de su ejército o cuerpo común de pertenencia.

2. La solicitud se hará directamente al Mando o Jefe de Personal de su Ejército o al Director General de Personal

⁵³⁵ También introducido por Real Decreto 577/2017, de 12 de junio.

⁵³⁶ Es de destacar que esta posibilidad de solicitud de asignación temporal de destino se establece por primera vez por Ley 46/2015, de 14 de octubre, de reforma de la Ley 39/2007.

en el caso de militares de los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas.

3. Podrá ser solicitado por el afectado una sola vez sin que medie un cambio sustancial en las causas que lo originaron, excepto en el caso de que el interesado deba cesar en el destino por disolución, traslado o variación orgánica de su unidad.

4. Para su asignación se formará una comisión de estudio en los Mandos o Jefatura de Personal de los Ejércitos y la Armada, y en la Dirección General de Personal, en el caso de los cuerpos comunes, que analizará las circunstancias excepcionales que concurran en el militar, basadas en motivos de salud, discapacidad o dependencia del militar o sus familiares.

5. La asignación de estos destinos se realizará con carácter voluntario, sin publicación previa de la vacante, por un tiempo de máxima permanencia de tres años, pudiendo ser ampliado hasta los cinco años si persistiesen las circunstancias que determinaron su concesión”.

Respecto a las comisiones de servicio, también se establecen particularidades, como por ejemplo, en el art. 28.2.f) se permite la designación de comisiones de servicio por razón de gestación de la mujer y durante el período de lactancia, conforme a lo antes manifestado del art. 26.

Y en los apartados g), h) y j)⁵³⁷ del art. 28 se contienen la posibilidad asignar también comisiones de servicio a la víctima de acoso, abuso o agresión sexuales, al infractor de acoso sexual o por razón de sexo, en distinta Unidad o localidad de destino de la

⁵³⁷ También introducidos por Real Decreto 577/2017, de 12 de junio, junto con el i) en materia de víctimas o amenazados por terrorismo.

víctima⁵³⁸, o en circunstancias excepcionales de conciliación de la vida profesional, personal y familiar.

Y el art. 30 permite el aplazamiento de las comisiones de servicio cuando sean designados con carácter forzoso dos miembros de un matrimonio o unión de militares con hijos menores de doce años a su cargo, de manera que el último al que se haya asignado la comisión tendrá opción a permanecer en su destino al menos hasta la finalización de la comisión del otro, y si la asignación de las comisiones hubiera sido simultánea, la opción se dará al militar de menor empleo o antigüedad⁵³⁹.

Para acabar este amplio repaso normativo del régimen estatutario militar en la materia que nos ocupa resta únicamente referirnos a los criterios generales en materia de igualdad y de conciliación de la vida familiar y laboral contenidos en dos normas generales que rigen en el ámbito militar, no ya en cuanto a su propio régimen estatutario, que es el que hemos analizado, sino en cuanto al funcionamiento general y principios generales de actuación, como son las vigentes RR.OO. para las Fuerzas Armadas y la Ley de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁵³⁸ Esta previsión era necesaria por cuanto se habían presentado en la práctica profesional del autor de este trabajo varios casos de violencia de género entre parejas de militares en el mismo destino, con la única solución posible aportada por los Jefes de Unidad de que se diera de “baja psicológica” la mujer, para no tener que convivir en el mismo destino que su agresor, considerando el autor de este trabajo que el que realmente debía perder su destino o ser trasladado a otro, si así lo desea la mujer, debe ser el agresor, y no la víctima.

⁵³⁹ Esta previsión ya existía en la redacción originaria de esta norma, y evitaba situaciones anteriores también presenciadas profesionalmente por el autor de este trabajo de militares en activo padres de menores, que por estar en una Unidad operativa, eran destinados AMBOS forzosamente a una misión internacional, con la imposibilidad de hacerse cargo de sus hijos, y no teniendo más “solución” ofertada por sus mandos que la de darse de “baja psicológica” uno de ellos.

En el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, *por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*⁵⁴⁰, se establece, en su art. 13, y bajo la rúbrica de “Igualdad de género”, el siguiente mandato general: “*Velará por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género*” y en el art. 39, dentro de las “normas de actuación” del militar, se establece que “*Será consciente de la importancia que tiene para su unidad y para quienes forman parte de ella, la aplicación de las normas sobre conciliación de la vida profesional, personal y familiar. Facilitará esa conciliación en todo aquello que sea de su competencia, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.*”.

Por su parte, en la LO 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*⁵⁴¹, en su art. 4 y bajo la rúbrica de “Principio de igualdad”, se establece en su apartado 1 que: “En las Fuerzas Armadas no cabrá discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” (lo que en realidad no podía ser de otra forma por mandato del art. 14 CE.), y en su apartado 2 se establece que “Las autoridades competentes promoverán las medidas necesarias para garantizar que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la igualdad entre el hombre y la mujer sea real y efectiva impidiendo cualquier situación de discriminación, especialmente en el acceso, la prestación del servicio, la formación y la carrera militar” (lo que por otro lado, tampoco podría ser de otra forma por mandato del art. 9.2 CE.).

⁵⁴⁰ BOE de 7 d Febrero de 2009.

⁵⁴¹ BOE de 28 de Julio de 2011.

En el art. 22 se contiene una disposición general en materia de horarios y permisos, que tampoco resulta novedosa, bajo el siguiente tenor:

1. Los militares estarán en disponibilidad permanente para el servicio. Las exigencias de esa disponibilidad se adaptarán a las características propias del destino y a las circunstancias de la situación.

2. La jornada de trabajo de los militares será, con carácter general, la del personal al servicio de la Administración General del Estado. El régimen de horario se adaptará a las necesidades operativas y a las derivadas del funcionamiento de las unidades y de la prestación de guardias y servicios, tomando en consideración la disponibilidad permanente a la que se hace referencia en el apartado anterior, así como las normas y criterios relativos a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar a los que se refiere la Ley de la carrera militar.

3. Los militares tienen derecho a disfrutar los permisos, vacaciones y licencias establecidos con carácter general para el personal al servicio de la Administración General del Estado, con las necesarias adaptaciones a la organización y funciones específicas de las Fuerzas Armadas que se determinen por orden del Ministro de Defensa.

Las necesidades del servicio prevalecerán sobre las fechas y duración de los permisos, vacaciones y licencias, si bien las limitaciones que se produzcan deberán ser motivadas.

4. La aplicación del criterio de necesidades del servicio se hará siempre de forma justificada, motivada e individualizada. En todo caso, se comunicará al militar afectado la decisión adoptada”.

Como podemos apreciar, se sigue recalcando que las necesidades del servicio y la disponibilidad permanente del militar está por encima de cualquier régimen de horarios y permisos, lo que

nos parece un tanto excesivo, como regla general, en situaciones de normalidad laboral (otra cosa sería en situaciones excepcionales previstas en nuestra Constitución, o en participación en misiones internacionales), aunque gracias a este mandato legal se recalca la necesidad, al menos, de tener que justificar, de forma motivada e individualizada, al militar afectado la aplicación de ese criterio, que ya hemos reflejado previamente que se recoge en la específica disposición reguladora de esta materia.

En el art. 53 se crea el Observatorio de la Vida Militar⁵⁴², *“como órgano colegiado, de carácter asesor y consultivo, adscrito a las Cortes Generales, para el análisis permanente de la condición de militar y de la forma con que el Estado vela por los intereses de los miembros de las Fuerzas Armadas”*, y el art. 54 se establece como funciones del mismo las siguientes (que afectan en gran medida al estudio aquí realizado):

⁵⁴² La creación de este Observatorio, ha sido muy reciente, habiendo elaborado, hasta el momento, tres informes anuales (2014, 2015 y 2016) y un informe específico de análisis del protocolo de acoso en las FAS, que pueden verse en su portal <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/informes.html>. Como podemos apreciar, no es mucho lo que se ha avanzado más que el propio reconocimiento de lo mucho que queda por andar en este ámbito y de los pocos medios de los que disponen para su propio funcionamiento; dejamos constancia de nuestro deseo de que funcione un tanto mejor que el del Observatorio de la Mujer creado en el año 2005 (Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo), hoy Observatorio Militar para la Igualdad (Orden Ministerial 51/2011, de 28 de julio, dependiente de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa según art. 9 de Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa (BOE 6 Marzo 2012), y que nosotros conozcamos, a tenor de sus publicaciones y por la experiencia práctica de habernos dirigido al mismo en varias ocasiones, poco hace en relación a los asuntos que se le han denunciado, limitándose a realización de estadísticas sobre la participación de la mujer en las FAS, así como participación en conferencias y seminarios. También es de Justicia que reconozcamos que hasta la Orden 51/2011, de 28 de julio, no tenía una estructura permanente, y por tanto, probablemente no contaban sus componentes con los necesarios medios personales, materiales y de tiempo para ejercer su trabajo adecuadamente, pero ya han pasado más de trece años desde su creación, sin que conste una voluntad seria de funcionamiento.

a) Efectuar análisis y propuestas de actuación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los miembros de las Fuerzas Armadas.

b) Elaborar, de oficio o a petición de parte, informes y estudios sobre el régimen de personal y las condiciones de vida en las Fuerzas Armadas.

c) Proponer medidas que ayuden a la conciliación de la vida profesional, personal y familiar de los militares.

d) Promover la adaptación del régimen del personal militar a los cambios que se operen en la sociedad y en la función pública.

e) Analizar los problemas que en el entorno familiar de los afectados se producen como consecuencia de su disponibilidad, movilidad geográfica y de su específico ejercicio profesional que conlleva la participación en operaciones en el exterior.

f) Evaluar la aportación adicional de recursos humanos a las Fuerzas Armadas a través de las diferentes modalidades de reservistas.

g) Velar por la aplicación a los militares retirados de la normativa que ampara sus derechos pasivos y asistenciales y, en su caso, efectuar propuestas de mejora sobre ésta.

Por último, en su DA. 8ª se establecía que, en el plazo de un año, el Gobierno debería remitir al Congreso un Proyecto de reforma de la LO 8/1998 (de Régimen Disciplinario de las FAS) que, tenga en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, sobre garantías en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar, así como su adaptación a la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, a la presencia de la mujer y a la organización y misiones que les vienen señaladas

en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Este proyecto da origen a la vigente Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, antes de cuya aprobación, presentamos numerosas críticas en relación al mantenimiento de las privaciones de libertad por faltas disciplinarias en situaciones de normalidad laboral⁵⁴³, lo que no fue acogido en modo alguno manteniéndose las privaciones de libertad.

Como podemos apreciar con claridad, en la normativa estatutaria vigente del personal militar, se contemplan adecuadamente todas las medidas normativas reguladas en los otros regímenes estatutarios que hemos venido analizando del personal laboral y del personal funcionario, ya sea en las disposiciones legales generales que han estado vigentes en este régimen estatutario, o fundamentalmente en sus desarrollos reglamentarios, tanto las normas de protección frente a la violencia de género (sobre movilidad geográfica, reducción de jornada, flexibilidad horaria, excedencias, justificación de las faltas de asistencia) como de favorecimiento de la igualdad de la mujer (protección a la maternidad y situaciones de embarazo, parto y posparto en materia de destinos, ascensos y situaciones, incluso al finalizar el compromiso con las FAS, amparo disciplinario frente a actuaciones contrarias a la igualdad, etc.), y de conciliación de la vida familiar y laboral (permisos, reducciones de jornada, excedencias, etc).

⁵⁴³ En este sentido, se pueden observar las propuestas de modificación que realizamos en su día (<http://www.elconfidencialdigital.com/defensa/076474/informe-legal-sobre-el-nuevo-regimen-disciplinario-de-las-fuerzas-armadas-los-expertos-consideran-inviabile-el-control-de-las-redes-sociales-y-correo-electronico?pagCom=3>) (última visita el 22/01/2018) al Anteproyecto, asesorando a dos Asociaciones Profesionales de Militares de Tropa y Marinería, en el escaso margen de diez días que se nos otorgó para formularlas (de ahí que mantengamos la escasa o nula voluntad de diálogo que se mantiene en la actualidad con estas Asociaciones Profesionales “legalizadas” en el año 2011 (por la LO 9/2011)).

Y este complejo elenco normativo, así como otras normas que podríamos haber citado, como por ejemplo, en materia de uniformidad, honores militares, ampliaciones de compromisos, etc, que fundamentalmente se encuentran desarrolladas en Instrucciones administrativas difíciles de localizar de forma pública, y que serían algunas de ellas claramente mejorables (sobre todo las de ampliaciones de compromiso de Militares de Empleo) en las que también entendemos que se desarrollan estas materias en algunos de sus aspectos concretos, hacen que podamos llegar a indicar que “formalmente” existe una adecuada y exhaustiva regulación tanto de la violencia de género, como de la igualdad de la mujer y las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, estando junto a las regulaciones normativas de países más desarrollados en esta cuestión; otra cosa será la práctica cotidiana, como posteriormente estudiaremos.

5. Regulación de la situación de acoso a la mujer en la Ley de Régimen Disciplinario y Código Penal Militar vigentes.- El protocolo de acoso en las Fuerzas Armadas y las UPA,s (Unidades de Protección frente al acoso).

Como últimos “hitos” en la concreta materia de la posible situación de acoso a la mujer en las Fuerzas Armadas lo constituyen, por un lado, la vigente Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y el vigente Código Penal Militar, indicando ya inicialmente en este aspecto que mostramos nuestras más profundas reticencias a la “ampliación” de competencias que se ha atribuido a la “jurisdicción militar” para el enjuiciamiento de estas conductas, y paralelamente, la publicación del Protocolo de acoso en las Fuerzas Armadas y la creación de las Unidades de Protección frente al Acoso (UPA,s).

En efecto, en la vigente Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS)⁵⁴⁴, se establece en el apartado III de su preámbulo, que *“Al tipificar las faltas, se ha tenido muy en cuenta la especial gravedad de algunas conductas como las que afectan a la libertad sexual de las personas, implican acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, atentan contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo, o suponen discriminación”*.

Así, como faltas leves, en su art.6, “cuando no constituyan infracción más grave o delito”, además de las genéricas faltas leves de su apartado 10 de “Dificultar a otro militar el ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos” o del apartado 26 de “Ofender a un compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas” donde podrían recogerse sanciones disciplinarias por actos de discriminación hacia la mujer, se establece específicamente como falta leve en sus apartados 29 y 30 respectivamente: *“La inexactitud en el cumplimiento de las normas o medidas dirigidas a garantizar la igualdad entre hombre y mujer en las Fuerzas Armadas”* y *“Las expresiones o manifestaciones de desprecio por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

Como faltas graves, “cuando no constituyan faltas muy graves o delito”, en su art. 7, se reitera con carácter general en su apartado 10 “Dificultar a otro militar el ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos” y en el apartado 26 “Ofender a un compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas”, y de forma específica, en los correlativos apartados 29 y 30 respectivamente *“La inexactitud en el cumplimiento de las normas o medidas dirigidas a garantizar la igualdad entre hombre y mujer en*

⁵⁴⁴ Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (BOE núm. 294 de 05/12/2014)

las Fuerzas Armadas” y “Las expresiones o manifestaciones de desprecio por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Como faltas muy graves, cuando no constituyan delito, en el art. 8, en su apartado 11 se establece con carácter general “Impedir o limitar a otro militar el ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos” y con carácter más específico en la materia que nos ocupa, en el apartado 30 *“Realizar, ordenar o tolerar o no denunciar actos que, de cualquier modo, atenten contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo o supongan discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género o sexo, orientación e identidad sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

Como podemos apreciar ya a priori, se deja normativamente un amplio margen a la discrecionalidad del mando⁵⁴⁵ para sancionar los mismos actos ya sea como falta leve, como falta grave o como falta muy grave, pues vienen definidos los distintos tipos disciplinarios de forma prácticamente similar en lo que consideramos una flagrante violación del principio de legalidad penal y un claro ejemplo de lo que en el ámbito penal denominamos *“leyes penales en blanco”*.

Es también interesante en este sentido el “voto particular” formulado por CASADO SIERRA en el reciente “Informe específico sobre situación de las medidas de prevención, formación y apoyo a

⁵⁴⁵ No olvidemos que las faltas disciplinarias en el ámbito militar, que incluso pueden conllevar privación de libertad de hasta 60 días (art. 11) son impuestas por autoridades militares.

las víctimas de acoso sexual, laboral y profesional en las Fuerzas Armadas” en el que denuncia la imposibilidad de la víctima de acoso de participar activamente en el procedimiento disciplinario⁵⁴⁶. En otras palabras, resulta difícil entender que si se está protegiendo un derecho de la víctima, no se le permita participar activamente en dicha actuación.

Por otro lado, paralelamente en el vigente Código Penal Militar⁵⁴⁷, a modo de ejemplo, y aunque en su preámbulo (apartado I) define el Código Penal Militar como ley penal especial “*que debe acoger en su articulado únicamente los preceptos que no tienen cabida en el texto común o, aun teniéndola, requieren alguna previsión singular que justifique su incorporación a la ley militar dentro del ámbito estrictamente castrense que preside su reconocimiento constitucional*” e incluso recordando que “*la doctrina constitucional, interpretando el artículo 117.5 de la Constitución Española, estima que su propósito es limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable. Concepto que se identifica, en tiempos de normalidad, con los delitos exclusivamente militares tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas (indispensables para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional), como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión*” y resaltando que “*En consecuencia, la idea que ha presidido la redacción del presente Código Penal Militar es que los bienes jurídicos protegidos por la norma penal han de ser estrictamente castrenses en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas, de los medios puestos a su disposición para cumplir sus*

⁵⁴⁶ Informe que puede consultarse completo en <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/doc/Acoso%20en%20las%20FAS.pdf> (última visita el 22/01/2018), págs. 65 a 69.

⁵⁴⁷ Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (BOE núm. 247 de 15/10/2015).

misiones y del carácter militar de las obligaciones y deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito militar”, establece en su art. 42.1 el delito de “Insulto a superior” de la siguiente forma: “El militar que maltratare de obra a un superior *o atentare contra su libertad o indemnidad sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal”.

Con ello, tipos delictivos tan graves como una violación a una mujer, ya sea en un acuartelamiento militar, buque o aeronave militar, en situación de servicio o no, serán enjuiciados ahora sin duda alguna por la Jurisdicción Penal Militar por el sólo hecho de la relación jerárquica existente entre agresor y víctima⁵⁴⁸, pues tiene expresa definición como ley especial en este delito que obliga a castigar a la Jurisdicción Militar conforme al código penal común el delito de violación, añadiendo además una penalidad de seis meses a cinco años de prisión, por esa “relación jerárquica” infringida, bien jurídico protegido (la disciplina y jerarquía en las FAS) que parece “atraer” a esta Jurisdicción el enjuiciamiento de esta conducta.

Sin embargo, debemos concluir que dicho bien jurídico protegido no puede hacerse prevalecer nunca respecto del Derecho Fundamental de la Víctima a su Libertad sexual, que es el principal bien jurídico protegido por el delito de violación, además de los derechos fundamentales a la igualdad, a su dignidad y a su integridad física y moral también implicados; por lo que entendemos que una violación de tan graves derechos fundamentales debería con claridad

⁵⁴⁸ En otros novedosos tipos penales militares ni siquiera es necesaria esa relación jerárquica, como veremos después, pues también se penalizan estas conductas de agresión, abuso y acoso sexuales entre compañeros.

ser enjuiciado por la jurisdicción penal “común” (pues a la jurisdicción militar también le gusta definirse como “ordinaria”, según manifestó en su día nuestro Tribunal Constitucional tal y como hemos tenido ocasión de tratar previamente en este trabajo), en la cual, no olvidemos, aplicándose el Código Penal común, también se tienen instrumentos adecuados para facilitar incrementos de la pena que pueden aplicarse por agravantes genéricas como las contenidas en los apartados 22.2 (abuso de superioridad) o 22.7 (prevalecerse del carácter público que tenga el culpable) además de las específicas individuales previstas para cada uno de los respectivos delitos.

Y si específicamente, además de lo anterior, se quiere aumentar la sanción de estas conductas en aras al mantenimiento de la “disciplina militar”, con la aplicación adicional de una sanción militar, siempre tenemos la posibilidad de aplicar el régimen disciplinario además de la propia condena penal, a través de la falta muy grave del apartado 14 del art.8 de la LORDFAS⁵⁴⁹ (Haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de leyes distintas al Código Penal Militar, a pena de prisión por un delito doloso o a pena de prisión superior a un año por delito cometido por imprudencia, en cualquiera de los casos cuando afecte al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a la Administración) que puede llevar incluso a la separación del servicio del condenado conforme al art. 11.3.

⁵⁴⁹ En este caso de existencia de condena penal previa, no cabría la aplicación de los tipos disciplinarios específicos nuevos que regulan estas situaciones, por no infringir el principio ne bis in ídem. Ahora bien, nada impide la aplicación de esta sanción disciplinaria del art.8.14 por cuanto reiteradamente la jurisprudencia admite que el bien jurídico protegido en este caso es la propia imagen de la institución o sus valores fundamentales como la disciplina, diferente al bien jurídico protegido por el CP común, que serían la libertad sexual, y la dignidad e igualdad.

Y decimos que pueden enjuiciarse estos delitos en la Jurisdicción militar, ya se produzcan en un establecimiento militar o no, en acto de servicio o no, por cuanto reiteradamente se ha manifestado por la Jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo⁵⁵⁰ que:

“Efectivamente, la relación jerárquica entre militares se mantiene o persiste siempre, pues hemos sentado de forma reiterada, en nuestras Sentencias de 11 de junio de 1993 , 23 de marzo de 1994 , 29 de noviembre de 1996 , 26 de septiembre de 2003 , 6 de marzo de 2006 , 3 de noviembre de 2008 y 1 y 17 de junio y 26 de julio de 2010, entre otras, que "la relación jerárquica castrense es permanente", añadiendo en las de 14 de marzo de 1996 y 1 de julio de 2002 que "la relación jerárquica castrense es permanente y su virtualidad no depende de que sus elementos personales la tomen o no en consideración". En la citada Sentencia de esta Sala de 1 de julio de 2002 se afirma, siguiendo la de 24 de octubre de 1996 , que "la posición jerárquica es permanente y determina la situación relativa entre los militares con independencia de todo condicionamiento, de manera que el militar de empleo jerárquicamente más elevado siempre es superior del que lo ostenta de menor rango", lo que concreta la de 26 de septiembre de 2003 al afirmar que "el orden jerárquico define en todo momento la situación relativa entre militares, pues, como declaró esta Sala en su sentencia de 20 de septiembre de 1995 , «la relación jerárquica castrense es permanente, de forma que el superior de acuerdo con la definición del artículo 12 CPM, lo es en todo momento, como exige ese orden jerárquico estable, necesario para el funcionamiento de los Ejércitos»".

En definitiva, ...como esta Sala reiteradamente ha proclamado, "la relación jerárquica castrense es permanente ...constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el

⁵⁵⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 18 de Noviembre de 2011, recurso de casación núm. 45/2011, Roj: STS 8870/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8870 en su FJ 11.

buen funcionamiento de los Ejércitos, en el que se determina quién ejerce el mando, quién le está subordinado, qué derechos y deberes surgen de la relación armónica entre ambos y qué responsabilidades pesan sobre uno y otro" - Sentencias de 30 de noviembre de 1992 y 3 de noviembre de 2008 y, en el mismo sentido, las de 3 de marzo de 2006 y 17 de junio y 26 de julio de 2010 -, añadiendo que la relación de mérito permanece "mientras se tiene la condición de militar, con independencia del momento o situación" - Sentencias de 13 de septiembre y 8 de octubre de 2001, 17 de junio y 26 de julio de 2010 y 19 de abril de 2011 -, determinando la misma "la situación relativa entre militares y sus derechos y deberes respectivos" - Sentencias de 1 de junio y 26 de julio de 2010" -.

Es cierto que ya anteriormente a la vigencia de este precepto del Código Penal militar actual se produjeron casos en los que el enjuiciamiento de estas conductas delictivas se llevó a cabo por la Jurisdicción Militar en virtud del delito de "Insulto a superior" definido en el art. 98 del anterior Código Penal Militar⁵⁵¹, genéricamente como "maltrato de obra" (con la penalidad del art. 99 si no era "en tiempo de guerra" o "frente al enemigo") y aplicando la penalidad del art. 179 del Código Penal "común"⁵⁵². Pero ahora con mayor rotundidad llegaremos a la misma conclusión pues se ha previsto expresamente la aplicación del Código Penal "común" por la Jurisdicción Militar en este concreto ámbito.

⁵⁵¹ Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE de 11/12/1985)

⁵⁵² En aplicación del art. 12.1 LOCOJM que establece que la jurisdicción militar será competente para el conocimiento de los siguientes delitos y faltas: "1. Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste".

Una muestra de ello, puede observarse en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, de 16 Jul. 2013, Rec. 1/20/2013, en el caso de una violación a una Cabo por un marinero en un buque militar, estando tanto agresor como víctima francos de servicio, si bien, en esta Sentencia, FJ 6º, al menos viene a restringir en cierta medida la aplicación de esa “relación jerárquica de disciplina” que se ha definido previamente como existente en todo momento, a los casos en que exista “alguna relación” con el ámbito estrictamente militar que define el art. 117.5 de la Constitución para su atribución competencial al ámbito de la Jurisdicción Militar, pues establece:

“En el caso de autos el dato de hallarse fuera de servicio, en el momento de acontecer el hecho nuclear incriminado, el sujeto activo (un subordinado) y su víctima (una superior), es irrelevante dentro de un contexto circunstancial marcadamente castrense como era a bordo de un Buque de la Armada donde se hallaban prestando servicios de guardia aquella noche otros tres militares (dos marineros y un suboficial) y hallándose la propia víctima a pocas horas de entrar de guardia cuando se produjo el suceso. De estos datos derivan las ponderadas razones que se exponen en el fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia de instancia, donde se remarca que la relación jerarquía de subordinación (que incuestionablemente media entre la Cabo agredida y el Marinero agresor) es "permanente", conforme tiene declarado esta Sala porque hemos dicho, con reiteración, que la relación jerárquica entre militares "se mantiene o persiste siempre", es "permanente" y esa relación "permanece mientras se tiene condición de militar, con independencia del momento o situación" y que esa relación jerárquica determina "la situación relativa entre militares y sus derechos y deberes respectivos". (Por todas Sentencia de 18 de noviembre de 2011)”, pero a continuación se matiza que “Y hemos también de decir ahora que, al manifestar el carácter permanente de la relación jerárquica militar, en esta clase de delitos (abuso de autoridad o insulto a superior en su modalidad de maltrato de obra) el supuesto hecho delictivo ha de producirse "en un contexto que no sea del todo ajeno al

servicio militar que se presta", puesto que "tampoco puede obviarse la realidad de la existencia de relaciones personales que se superponen o cuando menos se entremezclan con la relación jerárquica y que pueden llegar a difuminarla o diluirla". De ahí que "en estos supuestos habrá que proceder a un examen, y citamos a título meramente enunciativo, del empleo militar de los sujetos, de las causas, circunstancias, modo y lugar en que acaecieron los hechos así como su incidencia en la disciplina y servicio, pues de igual manera tampoco puede permitirse que el carácter permanente de la relación jerárquica quede al propio arbitrio de los sujetos según su conveniencia o provecho y se valga de una relación personal, familiar o sentimental, para ofender a otro militar". (Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 2001, 14 de febrero de 2003 y 15 de abril de 2011)...” y analizando los hechos concretos que llevaban a considerar que no existía una relación sentimental previa entre ambos, concluye que “Todo lo cual permite concluir que los hechos de la noche de autos no acaecieron en el contexto de una relación privada y ajena a la relación jerárquica castrense sino que, por el contrario, demuestran la exclusiva subsistencia de una relación militar en la que la relevancia de una conducta, como la descrita en los hechos probados, alcanza una caracterización de reprochabilidad muy intensa, con pleno encaje en el tipo penal militar del art. 99.3º del Código Penal Militar , con independencia de que, paralelamente, resulte tener también pleno encaje en la agresión tipificada en el art. 179 del Código Penal común”.

Con ello vemos que la problemática existente a la hora del enjuiciamiento de estos hechos por una Jurisdicción u otra (la penal “común” o la penal militar) sigue subsistente, sin que nuestro Tribunal Constitucional se haya pronunciado con rotundidad en relación a la preferencia de una jurisdicción u otra cuando lo principal sea la propia violación de un derecho fundamental y no tanto la relación jerárquica o la disciplina militar, pese a que se ha planteado en ocasiones esta cuestión.

De hecho puede observarse en el FJ 8º de la misma STS de 16 de julio 2013 que hemos transcrito parcialmente, que se planteó

esta cuestión competencial en ese supuesto de hecho, y se cita para su resolución la aplicación del referido art. 12.1 LOCOJM en favor de la jurisdicción militar y sancionando conforme al art. 179 del Código Penal común, con el amparo de lo establecido en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 177/1996, de fecha 11 de noviembre de 1996⁵⁵³, recaída en el recurso de amparo promovido precisamente por el autor de este trabajo, en su propio nombre como abogado en ejercicio y teniendo en su apoyo el voto particular del propio Presidente la Sala Quinta del Tribunal Supremo en el voto particular que acompaña al Auto recurrido, en relación a la atribución a la jurisdicción penal ordinaria por un presunto delito contra la libertad religiosa en lugar de a la jurisdicción penal militar para enjuiciar un presunto delito de abuso de autoridad, y en la que no se entró con rotundidad en el asunto planteado por (FJ 5º y 6º) manifestando que era cuestión de legalidad ordinaria:

“La polémica suscitada en torno a esta cuestión, de singular interés jurídico-procesal, no excede, sin embargo, en este caso del ámbito propio de la legalidad ordinaria careciendo, en consecuencia, de relevancia constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.2 C.E. y que el actor invoca.

En efecto, los hechos denunciados acaecieron en el seno de un acto organizado y convocado por la autoridad militar, entre militares, y por razón de un determinado entendimiento de la disciplina castrense en relación con el ejercicio de un derecho fundamental. Tan es así, que la conducta pretendidamente delictiva reviste formalmente el carácter de orden de la superioridad, con independencia de su licitud o de la intencionalidad de sus autores. La eventual

⁵⁵³ Puede verse esta Sentencia en el siguiente enlace: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3229> (última visita el 13/01/2018)

agresión a la libertad religiosa del demandante se produjo en el ejercicio del mando y en un ámbito estrictamente castrense, por lo que, con independencia de cuál sea la correcta interpretación del art. 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización Jurisdiccional en su proyección al caso de autos, no puede descartarse que los hechos denunciados afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas.

Se infiere de todo ello que, en el caso de autos, la declaración de competencia de la jurisdicción militar se fundamentó en una interpretación de la legalidad que no puede considerarse contraria a la esfera de actuación que el art. 117.5 C.E. reserva a esa jurisdicción especial, por lo que, al margen del debate hermenéutico suscitado, no ha existido, en puridad, una vulneración del citado derecho fundamental”.

Y esta cuestión no definitivamente resuelta, ahora con el vigente Código Penal Militar parece que normativamente puede hacerse decantar con claridad para el enjuiciamiento de estos supuestos hacia la jurisdicción militar, lo que nos parece del todo punto irregular, cuando, como hemos podido apreciar, existen muy serias dudas sobre la imparcialidad e independencia de la misma.

Y lo mismo que en el art. 42 del Código Penal Vigente, que hemos analizado se puede plantear en relación al art. 47, donde se tipifica el correlativo anterior delito de abuso de autoridad del código penal militar anterior, de la siguiente manera: “El superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, *o realizare actos de agresión o abuso sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, *sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal”*, que se complementa además con el art. 48 donde se dispone que: “El superior que, respecto de un subordinado, realizare actos de

acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan *discriminación grave* por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo” (curiosamente en este caso no se imponen, además, las penas correspondientes por el acoso sexual del Código Penal).

Y a lo anterior cabe añadir que los arts. 49 y 50 disponen respectivamente “El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratare de manera degradante, inhumana o humillante, o realizare actos de agresión o de abuso sexuales, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal.” Y “El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o

cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.”.

Como podemos apreciar, en estos tipos penales se establece que deben realizarse las conductas típicas en *lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio* de donde se puede inferir que en los tipos de referencia anteriores de los que estos son subsidiarios (abuso de autoridad de los arts. 47 y 48) no será necesario que se produzcan las agresiones o abusos sexuales o discriminaciones al subordinado ni en lugares afectos a las Fuerzas Armadas ni en acto de servicio, lo que difícilmente “cuadra” con la exigencia constitucional de mantenerse la jurisdicción militar en el ámbito “estrictamente castrense”.

Esta ampliación del ámbito de la jurisdicción militar incluso a los actos graves de agresión sexual, consideramos que es totalmente desproporcionada, y no está en consonancia con cualquier análisis de derecho comparado⁵⁵⁴ que realicemos. De hecho, se puede constatar que en el resto de los Ejércitos de los países de nuestro entorno, sin necesidad de llegar a tipificarse específicamente estos supuestos delictivos en los Códigos Penales militares, se está imponiendo simplemente la creación de unidades de apoyo y asesoramiento para combatir estas situaciones⁵⁵⁵.

Por otro lado, también hemos de señalar en este punto específico de las agresiones sexuales y acosos a la mujer en el

⁵⁵⁴ En este sentido se puede ver una alusión al derecho comparado en esta materia en el Anexo D del reciente Estudio específico sobre situación de las medidas de prevención, formación y apoyo a las víctimas de acoso sexual, laboral y profesional en las Fuerzas Armadas, del Observatorio de la vida militar. Puede verse en <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/doc/Acoso%20en%20las%20FAS.pdf> (última visita el 22/01/2018).

⁵⁵⁵ En este sentido es muy interesante la comparativa que se realiza en el Estudio citado anteriormente del Observatorio de la Vida Militar en las pag. 41 y ss.

ámbito de las Fuerzas Armadas que, a raíz de salir a la luz pública en los medios de comunicación⁵⁵⁶ el caso de la Capitán Zaida Cantero⁵⁵⁷, hoy Comandante en situación de retiro por la situación de acoso sexual sufrida, y diputada del PSOE en el Congreso, se aprobó en las Fuerzas Armadas, además de las normas antes analizadas, el *Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas*⁵⁵⁸ en diciembre de 2015, en el que se establecen una serie de medidas de actuación en este ámbito, entre las que se encuentran la creación de las Unidades de Protección frente al Acoso (UPA,s)⁵⁵⁹.

En el primero y después de invocar en su preámbulo (punto 1 del protocolo) la promoción de una cultura de “tolerancia cero” en la organización militar de situaciones de acoso sexual (que se recalca en el punto 3.1 del protocolo), y recordando a tal fin la coetánea creación de tipos disciplinarios específicos en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece que en ese protocolo se establecen medidas, tanto preventivas como de protección a la víctima y de evaluación y seguimiento, con las que se pretende

⁵⁵⁶ Un resumen actualizado de su caso y su opinión personal de lo que ocurre en las Fuerzas Armadas se puede ver en https://www.lespanol.com/reportajes/entrevistas/20170316/201230378_0.html (última visita el 22/01/2018)

⁵⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Quinta, de lo Militar, de 17 Dic. 2012, Rec. 1/30/2012.

⁵⁵⁸ Resolución 400/38199/2015, de 21 de diciembre, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015 aprobando dicho protocolo (BOE nº 312 de 30 de diciembre).

⁵⁵⁹ Que serán reguladas posteriormente por Orden DEF/482/2016, de 30 de marzo, por la que se regulan las Unidades de Protección frente al Acoso, que no hace sino reproducir sus funciones previstas en el protocolo, y declarar que estará constituida por un Jefe de Unidad y personal del Cuerpo Jurídico Militar y del Cuerpo Militar de Sanidad.

evitar, controlar, analizar, y llegado el caso, disminuir los efectos derivados del acoso sobre la víctima.

Cabe destacar en principio que causa sorpresa que en su ámbito de aplicación (punto 2 y 3.1) parece que se refiere a todo tipo de acoso, y no sólo sexual y por razón de sexo, como previene su título, si bien en el último párrafo del preámbulo (punto 1) se manifiesta que “Toda referencia que se realice en el presente Protocolo al acoso, se entenderá hecha al acoso sexual y por razón de sexo así como al acoso profesional derivado de aquellos”, por lo que tal vez se ha perdido una ocasión para habilitar también un cauce de protección frente al acoso laboral o *moobing*, aunque no sea por razón de género.

En relación a las medidas preventivas, se manifiesta que se incluye la obligación de elaboración de una guía práctica para la víctima de acoso (apartado 8.1)⁵⁶⁰, de un manual de buenas prácticas frente al acoso (apartado 8.2)⁵⁶¹, y la de información de los mandos de unidades al personal militar en esta materia, así como en los temarios de acceso a los distintos cuerpos y escalas, y planes de

⁵⁶⁰ Puede verse en <http://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/omi/GUIA-PRACTICA-PARA-LA-VICTIMA-DE-ACOSO.pdf> (última visita el 22/01/2018) y es de contenido prácticamente idéntico al manual de buenas prácticas para el mando que se cita a continuación.

⁵⁶¹ Este manual puede verse en <http://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/omi/MANUAL-DE-BUENAS-PRACTICAS-PARA-EL-MANDO.pdf> (última visita el 22/01/2018), que en realidad aporta poco en relación a lo que se supone que debería contener según el punto 8.1 del protocolo, salvo la distinción entre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, con ejemplos prácticos de lo que debe considerarse uno u otro, y el propio formulario de denuncia y su forma de presentación (ante la autoridad disciplinaria, ante las UPA,s o ante la jurisdicción “ordinaria o militar” según se trate de un delito común o militar (sin dar ninguna pista o información de cuándo debe considerarse de una forma u otra) que ya venían en el propio protocolo).

formación (apartado 8.3) y unos ciclos de conferencias a coordinar por las UPA,s y el Observatorio Militar para la Igualdad.

Como medidas de protección (apartado 9), se establecen criterios generales o rimbombantes medidas para los procedimientos de actuación en estos casos, así como supuestas medidas de atención de carácter médico, psicológico, y asesoramiento profesional, social y jurídico que en absoluto se concretan, y que han servido para trasladar esos criterios generales o principios de actuación a los propios manuales antes citados, que no son más que un reflejo de los correspondientes apartados de la propia resolución⁵⁶².

Por último, se establece en el apartado 10, como medidas de control y seguimiento, que las UPA,s “proporcionarán información a la víctima y le comunicarán las actuaciones que procedan conforme a este Protocolo, gestionarán la atención médica y psicológica cuando lo solicite y realizarán un seguimiento de los casos”, así como que las unidades, centros y organismos “facilitarán la información necesaria para que las UPA y el Observatorio Militar para la Igualdad puedan llevar a cabo el seguimiento de los casos de acoso sexual y por razón de sexo así como del profesional derivado de los anteriores”, estableciendo (apartado 10.2) la obligación de facilitar las UPA,s al Observatorio Militar para la Igualdad datos para formular “datos estadísticos desagregados por sexo tanto del ámbito disciplinario como penal” al objeto de remitir anualmente al Ministerio de Defensa un informe estadístico sobre los supuestos de acoso. También se establece que la Fiscalía Togada deberá remitir

⁵⁶² Nada se concreta en este sentido, en relación al apoyo jurídico a las víctimas, que no podría otorgarles el Cuerpo Jurídico Militar por no encontrarse dentro de sus funciones específicas.

trimestralmente al Observatorio Militar para la Igualdad datos trimestrales de casos de acoso en el ámbito penal⁵⁶³.

6. Visión práctica de la discriminación efectiva de la mujer en las Fuerzas Armadas. Principales problemas detectados.

El propósito de este estudio es ofrecer un análisis de la imagen real y actual de la integración de las mujeres en las FFAA españolas.

De lo relatado hasta el momento, podemos concluir que formal o normativamente la incorporación femenina a la institución militar se ha completado satisfactoriamente.

De esta forma, y una vez proscrita cualquier discriminación por razón de sexo, en la actualidad las mujeres españolas disfrutan de las mismas posibilidades de acceso y promoción que los hombres dentro de la institución militar y paralelamente, se vienen desarrollando medidas de adecuación de las condiciones de vida de las mujeres dentro de los centros militares, y políticas sociales activas para facilitar su permanencia, adoptándose las

⁵⁶³ En el ámbito de la Guardia Civil, anteriormente por Resolución de 8 de abril de 2013, del Director General de la Guardia Civil se aprobó el protocolo de actuación en relación con el acoso laboral y sexual en la Guardia Civil, desarrollado por la Instrucción 1/2015, de 1 de julio, del Subdirector General de personal por la que se dictan instrucciones complementarias de desarrollo del Protocolo de actuación en relación con el acoso laboral y sexual en la Guardia Civil (BOGC nº 28 de 14-07-2015) que puede verse en la siguiente página web de la Asociación Unificada de la Guardia Civil: <http://augcmadrid.es/wp-content/uploads/2013/12/INSTRUCCI%C3%93N-1-2015-INSTRUCCIONES-PROTOCOLO-ACOSO-LABORAL-Y-SEXUAL-GC.pdf>, si bien en una noticia de prensa de abril 2017 esa misma Asociación Profesional reclama la creación de un auténtico protocolo por no funcionar el existente, como puede verse en <https://www.augc.org/news/2017/4/15/augc-reclama-un-verdadero-protocolo-contr-a-el-acoso-laboral-y-sexual-en-la-guardia-civil> (última visita el 22/01/2018)

correspondientes medidas relativas a la conciliación laboral y familiar, de fomento de la igualdad y de protección frente a la violencia de género que se han adoptado en todos los regímenes estatutarios que hemos analizado; incluso se han creado unidades específicas de protección frente al acoso sexual y de género y un Observatorio específico para la igualdad.

Ahora bien, y como ya adelantábamos, en la práctica nos encontramos con múltiples problemas en relación a la real y efectiva integración de la mujer en las FAS.

El gran problema inicial que, con carácter general, se debe destacar, es la necesidad de romper la estructura patriarcal que, durante siglos, ha imperado en el seno de las Fuerzas Armadas. Las cuales, recordemos, han sido tradicionalmente ocupadas sólo por hombres hasta 1988 formalmente, y realmente hasta hace escasamente dos décadas, en que se produce un mayor ingreso de personal femenino en la Categoría de Tropa y Marinería profesionales, si bien en la actualidad sigue siendo minoritario el porcentaje de este personal femenino.

Esta estructura choca frontalmente con aspectos esenciales sobre la lucha contra violencia sobre la mujer, sobre todo en lo referente a la prevención y a la sensibilización. Se echa en falta, por ejemplo, formación en igualdad e impacto de género en los planes de formación de las Academias Militares, hoy centrados más bien en aspectos académicos o educativos generales más que en una auténtica formación militar, y menos aún específica en esta concreta materia⁵⁶⁴. También se echa en falta la articulación de planes

⁵⁶⁴ Así es reconocido expresamente en el propio Informe del Observatorio de la Vida Militar “Estudio específico sobre situación de las medidas de prevención, formación y apoyo a las víctimas de acoso sexual, laboral y profesional en las Fuerzas Armadas” 2018, excusándose en la reciente aparición del protocolo de actuación. op cit., pág. 51, y en su conclusión II, pág.59.

específicos para la detección precoz de la violencia de género, pese a las “rimbombantes” aseveraciones en este sentido del protocolo de prevención del acoso antes relatado.

Más cuando los estudios sociológicos sobre la materia realizados por el CIS, en relación a la opinión pública sobre la incorporación de la mujer en las FAS y el desarrollo de sus cometidos en esta Institución no reflejan haber avanzado mucho en relación a la integración e igualdad de la misma⁵⁶⁵.

Según estos estudios, superficial o formalmente, la opinión pública ha asumido la presencia femenina en las FAS sin limitaciones legales de ningún tipo, como un logro en la lucha por la igualdad y, no obstante, son los propios españoles los que ponen obstáculos a dicha integración, alimentándose de estereotipos culturalmente arraigados y que aíslan a las mujeres de tareas a las que la tradición patriarcal siempre asignó un signo netamente masculino.

La escasa presencia femenina en puestos que se corresponden con estos estereotipos no puede modificarse simplemente dejando pasar el tiempo. El contexto social y familiar en el que se desenvuelve la vida de las mujeres militares, tal y como se refleja en estas encuestas, no va a colaborar a superar ese techo impuesto por la fuerza y la especialización, y por eso se hace necesario implementar unas políticas activas de concienciación a favor de esta igualdad.

A esta estructura patriarcal histórica, se ha de añadir, con carácter general que nos encontramos ante una institución cerrada y

⁵⁶⁵ “HOMBRADOS, A., OLMEDA, J. A. y DEL VAL, C., *La incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas: el caso español y su percepción pública en perspectiva comparada*, Págs. 22 a 37. En el mismo sentido RUIZ-RICO RUIZ, C, “*la igualdad de género en las Fuerzas Armadas desde una perspectiva constitucional*” Instituto Español de Estudios Estratégicos 121/2013, diciembre 2013.

opaca. Tradicionalmente las Fuerzas Armadas han querido que sus problemas se solucionen entre militares, sin dar opción a que el resto de la sociedad se inmiscuya en ellos; prueba de ello es la existencia de la Jurisdicción especial Militar, en la que, como hemos visto, se resuelven la mayoría de las controversias y problemas relacionales acaecidos entre militares, sin distinción de su sexo, conforme a una normativa procesal y material en la que únicamente se atiende a cuestiones castrenses, jurisdicción endogámica que también hemos analizado, se nutre de magistrados del propio cuerpo jurídico militar que ostentan una graduación militar y unas condiciones de nombramiento que no revisten las suficientes garantías de imparcialidad e independencia.

A ello debemos sumar el propio hecho de que ni siquiera las Sentencias emitidas por la mayoría de estos órganos jurisdiccionales han sido realmente públicas y accesibles (tan sólo las de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo) hasta hace muy poco, con lo que es difícil el control estadístico de la problemática que se viene produciendo, en la materia que analizamos, durante este proceso de incorporación de la mujer a las FAS.

Esta estructura cerrada dificulta que se conozca la realidad de la violencia sobre la mujer dentro de su seno, ya que se prefiere que sucesos de este tipo se queden, y se resuelvan, entre los propios miembros de las FAS. Este secretismo dificulta aún más, si cabe, la implementación de estrategias de sensibilización, prevención y, consiguientemente, de erradicación. El primer paso para ello es, parece lógico, reconocer la existencia del problema; si éste se niega o no se reconoce, cerramos el camino a las estrategias anteriormente citadas.

Un ejemplo de lo dicho lo encontramos en la propia página del Observatorio para la igualdad del Ministerio de Defensa. Los informes estadísticos que encontramos en esta página se limitan solo a informar del porcentaje de mujeres que hay en las FAS y de la

evolución que dicho porcentaje ha tenido durante estos últimos años. No existen, por ejemplo, informes sobre los problemas específicos de la mujer en las FAS, o estudios sobre posibles casos de discriminación o maltrato.

La falta de estos informes no es porque en las FAS no se dan estos problemas, sino porque no se ha dedicado tiempo a analizarlos y a exponerlos, o, lo que sería más problemático, que no interese que salgan a la luz, pues tan sólo mínimamente han saltado alguno de estos casos a la luz pública por denuncias periodísticas de los mismos⁵⁶⁶.

Y si bien es cierto que la normativa en general, como hemos visto, formalmente es correcta, e incluso aunque en el año 2015-2016 se hayan creado las Unidades de Prevención frente al Acoso (UPA,s) y el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por

⁵⁶⁶ De hecho en el “Estudio específico sobre situación de las medidas de prevención, formación y apoyo a las víctimas de acoso sexual, laboral y profesional en las Fuerzas Armadas” que reiteradamente venimos citando, en sus conclusiones se establece que “*III.- Es preciso conocer con detalle la realidad del acoso en las Fuerzas Armadas. Para ello, sería preciso que una institución, que dispusiera de medios para ello, llevara a cabo un estudio de naturaleza empírica, en el que no solo se recogieran datos estadísticos sino valoraciones por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas sobre la situación actual y las respuesta obtenida a la hora de hacer frente al problema. Este trabajo previo debería de ser llevado a cabo por instituciones con experiencia en este tipo de análisis y podría ser interna o externa a las Fuerzas Armadas. Un análisis de este tipo previene de caer en la improvisación y resulta imprescindible para determinar con precisión la dimensión y caracteres del problema sobre el que se pretende actuar, lo que es un paso previo a la hora de determinar los medios para hacerle frente. ...*”

V.- En España no hay métodos homogéneos para la obtención, tratamiento y valoración de datos, por lo que es difícil su comparación.

VI.- Algunas Fuerzas Armadas de los países del entorno de España disponen de mecanismos ajenos a la cadena de mando para recibir e investigar y analizar los casos de acoso. ...

XI.- Una adecuada comunicación de la información relacionada con el acoso favorece el objetivo de “tolerancia cero”.

razón de género, como hemos visto, tan sólo consisten ambos en declaraciones de “buenas intenciones” que no se han consolidado realmente en su funcionamiento⁵⁶⁷.

Baste para observar que realmente no están funcionando las medidas previstas en el protocolo frente al acoso sexual en las Fuerzas Armadas, el reciente informe publicado por el Observatorio de la Vida Militar en el año 2018, como “Estudio específico sobre situación de las medidas de prevención, formación y apoyo a las víctimas de acoso sexual, laboral y profesional en las Fuerzas Armadas⁵⁶⁸, donde se refleja, como hemos señalado anteriormente, que en las Fuerzas Armadas, antes de la tipificación del delito de acoso sexual en el actual Código Penal Militar, este tipo de comportamiento delictivo se enjuiciaba a través del “delito de abuso de autoridad”, de “extralimitación en el ejercicio del mando”, cuando el delito era de superior a subordinado, descendente, o de “insulto a superior” cuando el acoso era ascendente, y que no se contemplaba el acoso entre compañeros, por lo que en estos casos había que acudir al Código Penal común.

Aun así, el Tribunal Militar Central identificó, entre los años 2004 a 2015, 174 denuncias relacionadas con el acoso, de las cuales

⁵⁶⁷ En el mismo Estudio del Observatorio de la vida militar, en el voto particular de Casado Sierra, pág. 69 se denuncia que los profesionales que integran las UPA,s no tienen dedicación exclusiva a esos cometidos ni reciben una formación especializada y continua.

⁵⁶⁸ Estudio específico sobre situación de las medidas de prevención, formación y apoyo a las víctimas de acoso sexual, laboral y profesional en las Fuerzas Armadas , del Observatorio de la vida militar, que reiteramos puede verse en <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/doc/Acoso%20en%20las%20FAS.pdf> (última visita el 22/01/2018). Es de resaltar que este estudio se venía pidiendo reiteradamente por el Congreso de los diputados desde la propia creación del protocolo, como es reiterado también en el dictamen de la comisión de Defensa del Congreso (punto 13) de 23-05-2017, que también puede verse en la misma página web del observatorio de la vida militar.

110 fueron archivadas, 7 remitidas a la autoridad disciplinaria, 11 resultaron inhibidas a otros órganos, y 46 fueron consideradas de naturaleza penal militar. De estos últimos, 11 fueron objeto de sobreseimiento, 13 terminaron con sentencia absolutoria, y sólo 22 concluyeron con sentencia condenatoria (12 por acoso sexual, 1 por acoso por razón de género y 9 por acoso profesional, aplicando en los dos primeros casos el art. 106, y el último, el art. 103 del anterior Código Penal Militar (LO 12/1985)).

Por otro lado, según el informe estadístico elaborado por el Observatorio Militar para la Igualdad, en cumplimiento del art. 10.2 del protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas, antes citado, en el año 2015 se iniciaron en el ámbito penal tan sólo dos procedimientos en el ámbito penal, mientras que en el ámbito disciplinario no consta iniciado ningún procedimiento por falta muy grave, y en el año 2016, constan iniciados 16 procedimientos en el ámbito penal, y cuatro expedientes en el ámbito disciplinario.

La magnitud del problema queda detallada, y no es más que la “punta del iceberg”, por las dificultades de todo tipo que se encuentra la víctima de denunciar estas situaciones, la escasa viabilidad de los procedimientos, como hemos podido apreciar en las estadísticas señaladas, así como las “repercusiones paralelas” que deberá afrontar.

Por la experiencia que nos dan los ya más de veinticinco años trabajando y especializándonos en el ámbito del derecho militar, como abogado en ejercicio en esta concreta materia, podemos afirmar rotundamente que la inexistencia de los informes se debe, probablemente, a la falta de voluntad de hacerlos, ya que a la mujer, como en cualquier ámbito profesional, se le plantean una serie de problemas específicos (igualdad, discriminación, conciliación familiar, violencia y agresiones, etc.) que son necesarios primero estudiar para, posteriormente, implementar los medios necesarios para solucionarlos.

En nuestro caso, esa existencia de problemas para la mujer que existe en cualquier ámbito profesional, se agrava por la existencia de una exigencia de Disciplina Militar férrea que favorece incluso en mayor medida la facilidad de ejercicio de una actitud de superioridad y abuso del hombre sobre la mujer, produciéndose incluso situaciones de abusos o intentos de abuso sexual frente a mujeres, que son enjuiciadas por tribunales militares, como hemos visto, bajo el pretexto de la especialización de los mismos, como si el valor Disciplina fuera superior al Derecho Fundamental a la Libertad Sexual, a la Dignidad, y a la Igualdad, y todo ello con la agravante, reiteradamente denunciada, de que desgraciadamente estos Tribunales Militares no gozan de las debidas garantías de imparcialidad e independencia para su funcionamiento, puesto que sus componentes ostentan graduación militar que les somete a la disciplina, obediencia y subordinación ante sus superiores, así como estando sujetos sus nombramientos a las decisiones de éstos.

Difícilmente con estas premisas y condiciones de partida, se pueden llegar a adoptar soluciones adecuadas en estas materias que, políticamente, tal vez interesa más que pasen desapercibidas y no se deje constancia de problemática alguna al respecto.

Analizando el funcionamiento del Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas españolas, es de resaltar que se creó por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, como hemos adelantado en los apartados precedentes. Pues bien, el único fruto que se puede observar de dicho observatorio son las estadísticas que citábamos con anterioridad, a las que se les ha introducido la variable sexo, con el objeto de recoger datos e información sobre mujer en las Fuerzas Armadas. Si observamos estas estadísticas, los datos que se recogen son fundamentalmente el porcentaje de mujeres y la evolución a lo largo de estos últimos años.

Ni siquiera las Estadísticas de accidentes y agresiones previstas en el plan ESTADEF 2013-2016 aprobado por la Orden

Ministerial 75/2012, de 17 de octubre, contaban con la estructura necesaria para determinar el origen de dichos accidentes y agresiones⁵⁶⁹, y si a eso añadimos la inexistencia de estadísticas reales sobre las situaciones de acoso denunciadas penalmente en la jurisdicción militar⁵⁷⁰, la falta de publicidad de sus resoluciones, y la constatación de la realidad de que estas situaciones de acoso o de violencia hacia la mujer que llegan a denunciarse son sólo la “punta del iceberg” como ocurre en cualquier otro ámbito laboral o social, y que podríamos incluso matizar que en mayor medida en el ámbito

⁵⁶⁹ En el plan estadístico anterior, y por tanto las estadísticas realizadas hasta 2015, las agresiones se dividían en (terrorismo, novatadas, abuso de autoridad, atraco, por animales, riñas/disputas, otras y maltrato en el ámbito familiar). Esto ha sido corregido por el actual plan estadístico vigente hasta el 2020, por Orden Ministerial 65/2016, de 29 de noviembre, diferenciándose ya como tipo de agresión las siguientes: (Terrorismo, novatadas, abuso de autoridad, atraco, por animales, riñas/disputas, Otras, maltrato ámbito familiar, violencia de género, acoso sexual, acoso por razón de sexo, y acoso profesional), si bien, si analizamos la primera estadística publicada con estos ítems, del año 2016, veremos que únicamente se cita 1 agresión por violencia de género (Tabla 2.3.1.1), curiosamente protagonizada por un “civil” (Tabla 2.3.1.2) que podemos ver en la página web oficial del ministerio de defensa <http://www.defensa.gob.es/defensa/estadisticas/> (última visita el 22/01/2018), y ello no “cuadra” con los casos de agresión sexual o acoso laboral por razón de sexo que se citan en el año 2016 (16 procedimientos penales iniciados y 6 expedientes disciplinarios por estos motivos) en el Informe Específico sobre la situación de las medidas de prevención, formación y apoyo a las víctimas de agresiones sexuales, laborales y profesionales elaborado por el Observatorio de la Vida Militar, que hemos citado previamente.

⁵⁷⁰ Ya hemos dicho que en el referido anteriormente Informe del Observatorio de la vida militar se habla tan sólo de los datos recibidos del Tribunal Militar Central, pero no se dan más datos de otros Tribunales militares Territoriales, ni Juzgados Togados, y lo que es más importante, en el propio informe se efectúa la recomendación de “*Normalizar los mecanismos de recogida, tratamiento y valoración de datos e información sobre las conductas de acoso en las Fuerzas Armadas. Estos datos deberían incluir extremos tales como número de casos, periodicidad, tipos de supuestos, patrones de comportamiento, género de las personas acosadas y acosadores, variables que influyen en la conducta del acosador, posición de la persona acosada, posición de la persona acosadora. Sería igualmente oportuno recoger datos acerca de la reacción ante los casos existentes hasta el momento*”.

militar, en el que a la “indefensión aprehendida” de cualquier mujer víctima de maltrato, al miedo o la vergüenza de denunciar estas situaciones, se pueden sumar todos los condicionantes de la disciplina militar y la situación de aislamiento y propia desconfianza en la jurisdicción militar, nos da una imagen de la magnitud real del problema.

En definitiva, el esfuerzo para conocer la realidad es necesario y simultáneo a la definición de las políticas públicas, a la puesta en marcha de mecanismos jurídico-sociales y a las decisiones de orden político destinadas a impulsar el cambio social y a erradicar un problema tan enraizado todavía en la sociedad española y más aún, entendemos, en las Fuerzas Armadas, por las especiales características que hemos analizado y por la relativamente reciente y escasa porcentualmente incorporación femenina en este ámbito laboral.

La capacidad analítica de las ciencias sociales es esencial para aprehender e intervenir en esta problemática. Y por ello, la construcción de un complejo sistema de indicadores ha sido esencial para sentar las bases de esta lucha en otros órdenes o ámbitos, indicadores que deben articularse y ponerse en funcionamiento también en este ámbito. Para que una sociedad pueda activar mecanismos eficientes y eficaces es necesario disponer de los recursos técnicos y el conocimiento más complejo posible de la realidad sobre la que se interviene.

Y compartimos con el Observatorio de la Vida Militar que estas cuestiones se deberían tratar desde mecanismos ajenos a la cadena de mando para recibir, investigar y analizar los casos de acoso en las Fuerzas Armadas, así como también buscar una realización y recogida de datos por parte de una institución externa a

las Fuerzas Armadas con experiencia en estos tipos de análisis para afrontar de verdad la situación⁵⁷¹.

Como problemas prácticos que hemos detectado en la realidad del ejercicio profesional en esta materia, podemos reflejar no sólo casos propios de violencia de género en sentido estricto, sino sobre todo, casos de discriminación reiterada por el hecho de ser mujer, lo que, según la postura que hemos mantenido en este trabajo, también consideramos plenamente como una muestra de violencia de género, que tiende a perpetuar la situación de dominación hacia la mujer de nuestra estructura patriarcal.

Por ello tenemos que manifestar que, aunque formalmente, nuestra normativa está a la vanguardia en estas materias, hemos apreciado en nuestro quehacer profesional diario casos significativos como los de una soldado, víctima de violencia de género, siendo su pareja superior jerárquico y destinado en la misma Unidad, condenado penalmente por su maltrato, que tuvo que pedir la baja psicológica para evitar tener que encontrarse en la Base Militar donde se encontraba destinada con su ex pareja/superior, pues los mandos no supieron implementar las medidas necesarias y urgentes para separar al agresor de su víctima, y tener que pedir incluso, cuando se la remitió a un reconocimiento médico pericial para comprobar su estado de salud⁵⁷² a las pocas semanas de haberse dado

⁵⁷¹ Conclusiones I y V, VI y VII del Informe a las que ya hemos hecho alusión anteriormente.

⁵⁷² Es de destacar que según la Ley 39/2007, art. 121, cuando un Militar de Empleo está seis meses de insuficiencia de condiciones psicofísicas para el servicio (baja laboral) obligatoriamente se establece que deberá remitírsele al correspondiente reconocimiento médico para comprobar su aptitud para el servicio, y si resulta no apto para el servicio (esto es, se declara su incapacidad para el servicio como Militar), a los Militares de Empleo como ya hemos relatado, a diferencia de cualquier trabajador en España, simplemente se les resuelve el compromiso sin más derecho que el de desempleo que haya cotizado (sin derecho a prestación por incapacidad alguna, pues la Administración, sobre todo en procesos psicológicos, viene a manifestar siempre (con arreglo a lo que dicen estos reconocimientos

de baja, que se la declarara su incapacidad para el servicio por temor a tener que acudir nuevamente ante su agresor en su destino, y siendo, como no, alegada esa “predisposición” a su trastorno ansioso-depresivo que le suponía no tener derecho a ningún derecho pasivo pese a la declaración de incapacidad, sin reflejarse en absoluto el origen traumático de su problema.

Y ya no sólo problemas de maltratos físicos, sino también se han detectado profesionalmente múltiples situaciones de acoso sexual, que en la inmensa mayoría de los casos son “enmascaradas” por declaraciones forzadas de testigos bajo la dependencia jerárquica real y directa de los acosadores, o por no poder probarse estas situaciones de acoso normalmente perpetradas sin testigos, en la intimidación de oficinas o despachos privados de los acosadores a donde no se han podido negar acudir las víctimas en solitario por la relación de jerarquía y subordinación que les obligaba a ello, so pena de incurrir en infracción disciplinaria o incluso penal de desobediencia a una orden militar.

De hecho, ninguna de las denuncias penales militares en que ha intervenido el autor de este trabajo en relación a estos acosos, abusos o incluso agresiones sexuales, ha prosperado, lo que no significa que no se hayan dado algunas de estas situaciones

médicos de las actuales Juntas Médico Periciales, con idénticos pronunciamientos) que tienen causa “endógena” o “disposicional”, y que provienen de una “psicovulnerabilidad al estrés” del sujeto, por lo que “no están incluidos en el art. 1.2 del RD. 1186/2001”, con lo que no se tiene derecho a pensión o indemnización alguna por incapacidad). Tristemente son múltiples los casos de acoso de militares que ha podido presenciar el autor de este trabajo, como el de esta militar que se cita, que además son enviados incluso a los pocos días de darse de baja (y no a los seis meses que establece la norma como tiempo máximo) a estos reconocimientos en los que, sencillamente, se les otorga una incapacidad “sin derecho alguno” bajo esas premisas de “predisposición” al proceso psicológico, que son además tristemente admitidas como válidas y GENERALES para casi todos los procesos psicológicos por la doctrina de la Audiencia Nacional.

demostradas y reconocidas, pues existen cuanto menos una docena de asuntos en el Tribunal Supremo, como punta del iceberg de estas conductas, siendo significativo el caso ya citado de la capitán que, después de obtener una condena a un Coronel Jefe de su Unidad, por este acoso sexual (que en el Código Penal Militar se traducía en “abuso de autoridad”, como si el ejercicio de la autoridad, y no la dignidad y la libertad sexual de la mujer fuera, como valor jurídico superior, lo que se dilucida realmente), condena ratificada por el Tribunal Supremo; es sometida al “acoso” posterior de unas bajas calificaciones por su trabajo (que le condicionan sus ascensos y carrera militar) e incluso le inician un proceso penal por cierta posible irregularidad administrativa⁵⁷³.

También hemos podido apreciar, como hemos ido adelantando en ocasiones por referencias a pie de página, otras múltiples situaciones de acoso laboral por el sólo hecho de ser mujer, como el caso de una Teniente enfermera en un buque de la Armada, a la que por su mando se la fue relegando de sus funciones propias adjudicándole funciones diferentes y vejatorias, con comentarios sexistas y discriminatorios, incluso ante personal subordinado, modificando el libro de órdenes del buque para asignarle funciones totalmente impropias a su especialidad militar, hasta que le produjo un ataque de ansiedad y una depresión profunda que le ocasionó su incapacidad definitiva para el servicio⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Este artículo periodístico inicial del caso de Zaida Cantero se puede consultar en el siguiente enlace:

http://politica.elpais.com/politica/2013/06/18/actualidad/1371579734_762313.html?rel=rosEP (última visita el 23/01/2018)

⁵⁷⁴ Caso éste en que, siendo militar de carrera la afectada, no tuvo problema en conseguir una prestación de jubilación por incapacidad, pero estas prestaciones no les son reconocidas a los Militares de Empleo (recordemos, donde se concentra el mayor número de efectivos profesionales, y por tanto, mujeres de las FAS) pues los Tribunales médicos de la Administración Militar (Juntas Médico Periciales) a las que se les reconoce jurisdiccionalmente una “presunción de certeza y razonabilidad” por su “supuesta” imparcialidad e independencia (desconociendo

El caso también publicado en prensa y que fue objeto de una pregunta en el Congreso de los Diputados⁵⁷⁵, que profesionalmente también seguimos de cerca, de la Soldado Silvia Ruiz, especialista en Administración destinada, en teoría, a un destino burocrático en un taller de automoción, pero a la que se le envía a una Compañía de Infantería cuyo Capitán, como recepción, le suelta textualmente en presencia de sus compañeros que ¡No sabe qué cojones pinta una Especialista en Administración en su Compañía! y que ¡si no me eres útil en el campo te quedarás haciendo guardias cuando salgamos!.

Dicha Soldado que, en una situación de baja laboral, precisamente por causarse una lesión en el tobillo en unos ejercicios de campo, le obligó a quedarse limpiando aseos y dependencias, sufriendo continuamente burlas de compañeros y superiores, y arrestada posteriormente por tener que coger una baja en otro ejercicio por un fuerte dolor en el pecho al hacer cuerpo a tierra, según su capitán por “fingir” esa baja, cuando finalmente resultó tal dolor ser un cáncer de pecho.

patentemente que en realidad, estas Juntas Médico Periciales están totalmente vinculadas a la Administración en la que emiten sus informes, cumpliendo obligatoriamente las instrucciones superiores, y además, teniendo empleos militares que, en caso de desobediencia, les supondría a sus componentes la comisión de un delito militar de desobediencia) suelen hacer caso omiso del origen de estas patologías psiquiátricas, y en base a idénticas y reiterativas frases en sus dictámenes de “predisposición del sujeto a generar estrés”, concluyen que las patologías son disposicionales y por tanto, no tienen derecho a prestación alguna por incapacidad (según el art. 1.2 del RD. 1186/2001, de 2 de noviembre).

⁵⁷⁵Que puede verse en los siguientes enlaces:

<http://ecodiario.eleconomista.es/espana/noticias/5149678/09/13/avance-defensa-afirma-que-a-la-militar-con-cancer-no-se-la-renovo-por-arrestos-impuestos-sin-conocer-su-enfermedad.html> o

http://politica.elpais.com/politica/2013/08/17/actualidad/1376750945_635552.html

(última visita el 23/01/2018). Citándose además en el último artículo otras situaciones similares.

Pues bien, finalmente a esta Soldado no se le renovó el compromiso como Militar de Empleo (el compromiso de Larga Duración) por el informe negativo de ese Capitán, con base en los arrestos que le impusieron en esa Compañía en su último destino militar, sin tener en consideración que todos los informes (IPEC,s) de unidades y mandos anteriores y posteriores (durante los seis años que sirvió profesionalmente en las FAS) eran totalmente positivos. Sirvan estos ejemplos vividos profesionalmente como muestra de las situaciones reales que se vienen produciendo reiterada y asiduamente.

Otros múltiples problemas en situaciones de embarazo, parto o post parto, como el caso de una Militar de Empleo a la que en el RT- 21 de Marines, su Coronel (después General, respecto al que ninguna consecuencia supuso tal actuación) le negó la posibilidad de ampliar su compromiso profesional con las Fuerzas Armadas por no haber pasado las “preceptivas” pruebas físicas anuales, (PAEF,s), sin importarle que tuvo dos abortos y un embarazo de alto riesgo que le impedía, por prescripción médica, superar tales pruebas físicas⁵⁷⁶.

O el caso de una Cabo a la que se le impide realizar el curso de ascenso a Cabo 1º, emitiendo sobre la misma unos informes totalmente falsos por su superiores, alegando que había tenido muchas bajas médicas y elevado absentismo laboral (cuando sus bajas y ausencias de la Unidad eran derivadas de varios embarazos, períodos vacacionales y de permisos post parto), que tenía un rendimiento laboral negativo confeccionándole un Informe Personal de Calificación (IPEC) sobre su trabajo negativo (cuando

⁵⁷⁶ Un artículo periodístico sobre este asunto se publicó en <http://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2011/06/19/tsj-obliga-ejercito-readmitir-militar-expulsada-embarazada/817304.html>, en el que efectivamente también se refleja la ausencia de actuación por parte del Observatorio de la Mujer pese a insistentes quejas remitidas al mismo sobre ese asunto para intentar evitar la situación de que la recurrente efectivamente fuera expulsada de las FAS hasta que jurisdiccionalmente se obtuvo su reingreso. (última visita el 23/01/2018).

precisamente había estado de baja por maternidad y embarazo y era imposible calificarla negativamente durante el año que comprendía el referido Informe, en un trabajo que obviamente constaba que no había desempeñado, y siendo significativo que todos los IPEC,s, particularmente el de un año antes era muy positivo), o certificando que no tenía pasadas las PAEF,s (Pruebas Anuales de Evaluación Físicas, hoy TGCF, Test General de Condición Física), cuando constaba en la Unidad que efectivamente sí las había pasado.

Estos informes se le confeccionaron precisamente en represalia a que no había podido desarrollar el curso específico de la Unidad donde se encontraba destinada por sus reiterados embarazos (tiene tres hijos y han sido embarazos de riesgo), impidiéndole (por ser la última convocatoria) presentarse a ese proceso selectivo de ascenso.

Lo curioso del caso es que, denunciado el tema ante la Jurisdicción Militar, aportando documentación que acreditaba la *falsedad* de los informes realizados frente a la referida Cabo, el Juzgado Central Militar correspondiente archiva el asunto *sin ni siquiera proceder a la más mínima investigación* (cuando presuntamente es el mismo delito de “deslealtad” que se imputa a la Capitán que fue acosada sexualmente por el Coronel (el asunto referenciado anteriormente) por presuntamente “falsificar” un dato o una fecha de un documento). Pero lo más curioso es que, cuando se recurre en apelación ante el Tribunal Militar Central, alegando el Derecho a la Tutela Judicial efectiva y recordando la exigencia del Tribunal Constitucional de que cuando se denuncia una violación del derecho de igualdad de una mujer, como categoría constitucional “sospechosa” de discriminación, se exige a los Tribunales de Justicia una especial motivación en sus Sentencias (y por tanto, como mínimo, proceder a investigar lo acaecido), también ese Tribunal Militar Central se desentiende del asunto sin motivación alguna.

Por último, no ya curioso, sino muy grave, el Tribunal Constitucional inadmite el asunto, con su “consabido” escrito/resolución (¿) de una sola hoja por una cara, en el que *sin explicación alguna* dice que carece el recurso de relevancia constitucional cuando se le presentó una demanda fundada, razonada y en la que se demostraba que se había privado total y absolutamente a la afectada de su *legítimo y fundamental derecho a la tutela judicial efectiva*. Claro está, en este asunto, fue declarada incapaz la afectada, por la grave situación de deterioro psicológico padecido ante la situación de impotencia y desamparo narrada.

Otros problemas concretos con los que se encuentra sobre todo la mujer, aunque se trate de un problema común para las familias donde ambos cónyuges son militares, es la cuestión del cuidado de los hijos, es decir, la conciliación familiar y profesional. Esta conciliación es verdaderamente complicada, dadas las enormes peculiaridades que rodean esta profesión, movilidad geográfica dentro de todo el territorio nacional, comisiones de servicio, participación en misiones internacionales de larga duración, turnicidad, emergencias, disponibilidad permanente para el servicio, maniobras y ejercicios imprevistos y no programados, guardias, etc.

Esto se ha visto agravado en los últimos años (precisamente cuando se ha producido la efectiva incorporación de la mujer en las Fuerzas Armadas y se han formado más número de parejas en las que ambos miembros son militares) con una progresiva reducción del número de efectivos militares y de Unidades, con sucesivos procesos de “adaptaciones orgánicas” y supresión de Unidades, reducciones de plantillas con amortización de puestos de trabajo, que han hecho que muchos militares que confiaban en mantener sus destinos durante años, se hayan visto destinados forzosos en localidades muy lejanas a su núcleo familiar.

Por ejemplo, qué ocurre cuando uno de los miembros de la familia es destinado a otra unidad, quién se queda con el/los niños. En ese caso, cómo se las arregla para cuidarlos si, además, tiene que

cumplir con su servicio, sin sujeción a horarios fijos del que se predica legalmente que exige una disponibilidad permanente para el mismo, so pena de ser condenado penalmente por un abandono del servicio.

Es muy normal que en estos casos no se tenga, ni siquiera, apoyo familiar, ya que es muy común que estas personas se encuentren destinadas en lugares alejados de su núcleo familiar extenso⁵⁷⁷. Sin ese apoyo fundamental, es necesario que se articule una red que permita dejar al/los niños en algún sitio seguro mientras se realiza el horario de trabajo, o cuando surjan esas necesidades del servicio que requieren la incorporación al trabajo inmediata, sin que se haya solucionado definitivamente un sistema de guarderías en todas las grandes bases militares operativas, pese a existir un programa inicialmente para acometer esta cuestión, como antes hemos relatado, pero que se quedó sin fondos con la crisis económica.

Por otro lado, sólo recientemente se están implantando, como hemos visto, medidas de reagrupación familiar, sobre todo en el caso de militares profesionales de la categoría de tropa y marinería, pues lo limitado de sus sueldos no les permite acogerse a la situación de excedencia prevista normativamente a estos efectos, ni desplazarse a

⁵⁷⁷ Es de destacar, en este sentido, que actualmente ya no existen tantas unidades militares como existían en las Fuerzas Armadas de recluta obligatoria, en numerosos puntos de nuestra geografía nacional, sino que ahora únicamente existen fundamentalmente grandes bases militares en unos lugares muy definidos, que se pueden encontrar alejados de los núcleos familiares de ambos componentes-militares de una familia.

los destinos lejanos con medios propios o públicos cuyo coste de utilización diario sería muy elevado e imposible de afrontar⁵⁷⁸.

A ello hay que añadir, como problemas generales pero que también afectan a la mujer militar, precisamente derivados de la escasez de los sueldos de los Soldados profesionales, la ausencia de transportes públicos a las grandes bases militares, que se encuentran normalmente situadas lejanas a núcleos urbanos de suficiente entidad como para “acoger” el volumen de personal de esas Bases, y que obliga a los Soldados (aún casados y con hijos, siendo ambos militares de estos empleos), ante la imposibilidad de hacer frente a los desplazamientos diarios y al mantenimiento de una vivienda cercana en condiciones, a permanecer “residiendo” en esas mismas Bases, en residencias de “solteros”, por no existir viviendas oficiales aptas para familias cercanas a las Bases; ni, como solución alternativa, haber suscritos convenios de viviendas con alquileres adecuados a unos precios razonables para este personal, y ello cuando el Ministerio de Defensa se ha deshecho, en ocasiones a precios irrisorios, de su vasto patrimonio inmobiliario anterior.

Como se puede observar, nos hallamos ante un grupo humano que, por las características específicas de su trabajo y de la institución en la que se encuentran, se producen una serie de circunstancias adversas tanto a la efectiva igualdad entre hombre y mujer, como para la sensibilización y prevención de la violencia contra ésta, dado el desconocimiento y secretismo sobre la posible concurrencia de sucesos de estas características, que sólo esporádicamente salen a la luz pública.

⁵⁷⁸ No debemos olvidar que precisamente la mayor parte de los efectivos que se encontrarán con estos problemas son los soldados, que tienen un salario mensual medio que ronda los 900 Euros, y que no les permiten soportar costes elevados de desplazamientos como podrían afrontarse con sueldos mayores para acudir diariamente a otro destino lejano de la residencia familiar.

7. Necesidad y obligación de actuar por parte de los poderes públicos. Líneas de actuación que se proponen.

Por todo lo expuesto, se hace necesario articular una serie de estrategias específicas para abordar las cuestiones planteadas de forma seria y decidida, no sólo “formalmente”.

La necesidad de actuar viene además incluso avalada internacionalmente, citando a estos efectos la propia creación del Comité de la OTAN sobre Perspectivas de Género (*NATO Committee on Gender Perspectives NCGP*)⁵⁷⁹.

El Comité de la OTAN sobre Perspectivas de Género, como se desprende de su web oficial, es un órgano asesor del Comité Militar (CM) en las políticas relacionadas con el género de las Fuerzas Armadas de la Alianza. Su origen proviene de conferencias ad hoc organizadas desde 1961, por mujeres altas funcionarias de la OTAN, para discutir la situación, la organización, las condiciones de empleo y posibilidades de carrera para las mujeres en las Fuerzas Armadas de la Alianza.

El 19 de julio de 1976, el MC reconoció oficialmente a la Comisión de la Mujer en las Fuerzas de la OTAN (CWINF); posteriormente en 1998, se creó la Oficina de la Mujer en las Fuerzas de la OTAN en el Estado Mayor Internacional de la OTAN, como oficina permanente y para proporcionar información sobre cuestiones de género y diversidad y apoyar el trabajo de CWINF. En mayo de 2009, el mandato del CWINF se amplió para apoyar la integración de la perspectiva de género en las operaciones militares de la OTAN, en particular para apoyar la implementación de las

⁵⁷⁹ Puede consultarse en: http://www.nato.int/cps/en/SID-8C938834-FAEFD596/natolive/topics_101372.htm (última visita el 23/01/2018).

Resoluciones 1325 y 1820 de la ONU⁵⁸⁰, así como las resoluciones conexas. La Comisión finalmente ha sido renombrada como Comité de la OTAN sobre Perspectivas de Género.

El Comité promueve la integración como una estrategia para hacer que las mujeres, así como las preocupaciones de los hombres de género, sean un elemento integrante de la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas, los programas y las operaciones militares. Sus responsabilidades son:

- asesorar al Comité Militar en cuestiones de género, incluida la aplicación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) 1325 y las resoluciones conexas.
- apoyar la incorporación y la integración de la perspectiva de género en las operaciones militares de la OTAN;
- como punto de la OTAN, para recopilar, analizar y difundir la información relevante relacionada con el género de los estados miembros de la OTAN y los países socios;
- para compartir y facilitar el intercambio de información sobre políticas y la integración en la OTAN HQ y entre la estructura de mando OTAN (NCS), miembros de la OTAN y los países socios de medidas relacionadas con el género;
- servir de enlace con las organizaciones y entidades internacionales interesadas en la integración de la perspectiva de género en las operaciones militares y las cuestiones relacionadas con el género.

⁵⁸⁰ Se pueden consultar respectivamente en:

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325%282000%29&Lang=S

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1820%282008%29&Lang=S (última visita el 23/01/2018)

El NCGP se rige por un Comité Ejecutivo compuesto de un Presidente, un Presidente Electo, y dos Vicepresidentes, y con el apoyo de la Oficina de la OTAN sobre Perspectivas de Género (NOGP). Este Comité se reúne una vez al año, como mínimo, o cuando sea requerido por el Presidente. La duración de la reunión se determina por el orden del día, con una duración máxima de cinco días hábiles. Las conclusiones de la reunión tienen como resultado recomendaciones a la MC.

Cada estado miembro de la OTAN que tiene un representante en el MC, tiene derecho a designar un delegado a la NCGP. Los delegados deberán ser oficiales en servicio activo de grado superior o equivalente civil. Deben estar familiarizados con las RCSNU relevantes, especialmente con las RCSNU 1325 y 1820 y con las políticas y acciones adoptadas para implementar estas resoluciones en los ordenamientos nacionales. También deben estar familiarizados con los últimos avances nacionales en programas de género, métodos, enfoques y herramientas para la integración de la perspectiva de género.

Por su parte, la Oficina de la OTAN sobre Perspectivas de Género (NOGP)⁵⁸¹ sirve como Secretaría de la Comisión de la OTAN sobre Perspectivas de Género (NCGP) y órgano asesor del Presidente del Comité. También ofrece información y asesoramiento sobre cuestiones de género en el Estado Mayor Internacional (IMS).

El personal que forman el NOGP se asignan al Coordinador Ejecutivo (EXCO) Oficina, IMS, y son responsables de:

- Llevar a cabo las funciones y responsabilidades asignadas por la NCGP.

⁵⁸¹ http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_101371.htm (última visita el 23/01/2018)

- Recoger, analizar y difundir información de las Naciones OTAN y socios acerca de los programas, políticas y procedimientos sobre cuestiones relacionadas con el género, incluida la aplicación de la UNSCR 1325 y 1820 y los futuros RCSNU relacionadas.
- Responder a las solicitudes internas y externas de información, en coordinación con el Comité Ejecutivo NCGP (CE) y de acuerdo con el protocolo de la OTAN.
- Servir de enlace con las organizaciones y organismos internacionales que se ocupan de la integración de la perspectiva de género en las operaciones militares, así como las cuestiones relacionadas con el género.
- Mantener la continuidad de las publicaciones NCGP y resultados de las reuniones anuales, y recomendaciones.
- Coordinar la organización de reuniones NCGP y CE de acuerdo con el protocolo de la OTAN. Formula y distribuye las actas oficiales reunión del Comité.
- Promueve el conocimiento sobre la utilización y el desarrollo de políticas sobre mujeres militares eficaces y en la importancia de integrar la perspectiva de género en las operaciones militares.

Ahora bien, si nos atenemos al último informe presentado por el Estado Español ante este Comité, al que se puede acceder, junto al resto de los informes nacionales presentados por el resto de países de la OTAN en la página referenciada de la NOGP⁵⁸², podemos observar que aunque se reconoce que no se han implantado durante el año 2016 normas legales en materia de perspectiva de género, se

⁵⁸² Concretamente en el enlace https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2018_01/1801-2016-Summary-NR-to-NCGP.pdf (última visita el 23/01/2018), págs. 189 y ss.

desarrollan todos los apartados requeridos del informe dando una apariencia de que no queda nada por hacer, incluso se refiere que durante el año 2016 no ha habido ningún caso de agresiones o abusos sexuales.

Como vemos, una simple operación política de “maquillaje”, que no responde al mandato constitucional de implementar las medidas para que la igualdad de la mujer en las Fuerzas Armadas sea real y efectiva, existiendo no ya sólo esa obligación constitucional de adoptar políticas activas que favorezcan la igualdad, sino también, como hemos tenido ocasión de comprobar en el análisis de la propia normativa estatutaria del ámbito profesional militar, en reiterados textos legales y reglamentarios de este ámbito se establece con carácter general y específica esta necesidad de adoptar tales políticas activas, que no pueden, ni deben quedar en el olvido.

No debe quedar esta normativa como una “operación de maquillaje” política más, como lo han sido la creación del *Observatorio para la Igualdad*, o el *Observatorio de la Vida Militar*, a quienes desde su creación no se ha dotado, como hemos visto que consta en los propios informes anuales de este último, de los medios necesarios para desarrollar su labor *efectivamente*. Así como tampoco se han desarrollado convenientemente los mandatos establecidos en el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo, ni, por supuesto, las UPA,s creadas en el mismo, tal y como se ha puesto de relieve en el último informe al respecto del Observatorio de la vida militar, que no han sido dotadas de personal especializado con dedicación exclusiva e independiente a la cadena de mando.

En otras palabras, consideramos que existe una estructura normativa correcta, una estructura organizativa correcta, pero no se ha acometido esta cuestión con auténtica voluntad de solución *haciendo a todos esos órganos creados funcionar verdaderamente*, con transparencia y dotándoles de los medios económicos, materiales

y personales adecuados, incluso de los instrumentos normativos que permitan realizar sus funciones con auténtica imparcialidad e independencia.

En este punto, consideramos que, con la actual estructura de nuestras Fuerzas Armadas concentrada en grandes Bases militares en su mayor parte, en todas esas Bases debería contarse en la Oficina de Apoyo al Personal (OFAP) de personal especializado en este ámbito, como canal de información ascendente hacia las UPA,s, Observatorio de Igualdad y Observatorio de la Vida Militar, y que además, por la cercanía a las víctimas, sirva para apoyarlas en todo momento, acompañarlas y asesorarlas adecuadamente, y organizando periódicamente labores de concienciación en igualdad en las distintas Unidades, con programas de formación adecuados creados en los órganos superiores, que además, como está previsto, pero no se realiza, deberán utilizarse en las correspondientes academias de formación militar a todos los niveles.

El objetivo final debería ser que hubiera al menos un especialista en esta materia en cada una de las Grandes Bases Militares existentes en la actualidad, dotado de dedicación exclusiva, preparación y medios personales y materiales necesarios para el cumplimiento de sus fines. Para su formación, el Ministerio de Defensa podría firmar convenios con diversas Universidades para que personal suficiente de las FAS pueda realizar los diversos cursos formativos que, sobre esta materia, se imparten, así como para colaborar en la adopción e ideación de las políticas activas necesarias para acabar con estas situaciones⁵⁸³.

⁵⁸³ En este sentido destacar la reciente Resolución 420/38016/2012, de 6 de marzo, de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Junta de Andalucía en materia de prevención de violencia de género (BOD nº 55 de 19 de marzo de 2012).

Y además de lo anterior, también puede implicarse el *Consejo Asesor de Personal*⁵⁸⁴ en esta tarea, pues no olvidemos que en el mismo se debe escuchar la opinión de todos los estamentos militares a través de las distintas Asociaciones Profesionales, para poder apreciar la diversidad de puntos de vista en esta materia, así como elaborar adecuadamente los correspondientes proyectos normativos.

El Consejo, según su regulación, debería servir de foro de interlocución entre las asociaciones profesionales de militares y el Ministerio de Defensa. Entre las funciones que el artículo 46 de LO 9/2011 les encomienda, nos encontramos con la de plantear propuestas o sugerencias en materias relacionadas con su “el régimen de personal y las condiciones de vida y trabajo en las unidades”.

De este modo las Asociaciones Profesionales de militares, a través de las ideas, sugerencias e inquietudes que los propios socios planteen puede ser un buen instrumento para detectar problemas relacionados con el tema que se está tratando, para lo que debería dotárseles de medios a tal fin, en lugar de, como se ha visto con relativa frecuencia en los medios de comunicación, coartar la libertad de expresión y reclamación de sus dirigentes, que están siendo sancionados disciplinariamente y privados de su libertad, simplemente, por exigir soluciones o denunciar problemas profesionales que han detectado sus asociados, muestra esta última de la poca intención que tiene, en realidad, el Ministerio de Defensa

⁵⁸⁴ Órgano creado por la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas , y desarrollado por el Real Decreto 910/2012, de 8 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas .

de actuar en defensa de los derechos e inquietudes de este colectivo de servidores públicos⁵⁸⁵.

Y no debemos olvidar que, si no se adoptan estos actos positivos a favor de una real y efectiva igualdad de la mujer en nuestras Fuerzas Armadas, la auténtica inactividad “*de facto*” de la Administración pública para afrontar el problema la hace precisamente responsable patrimonialmente de los perjuicios que pueda ocasionar a nuestras mujeres militares conforme a nuestra propia Constitución.

En efecto, el artículo 106.2 de nuestra Constitución establece que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Resulta claro que se trata de una responsabilidad extracontractual, al no nacer ésta de una relación jurídica singular, sino que tiene su origen y fundamento en la propia ley, por lo que también podría hablarse de responsabilidad jurídica. Jurídicamente hablando es perfectamente comprensible que quien cause un daño o una lesión sobre un patrimonio ajeno debe de ser responsable e indemnizar a modo resarcitorio dicho daño o lesión, responsabilidad que se eleva si el causante es el propio Estado. Y el daño puede causarse tanto por acción como por omisión.

⁵⁸⁵ Pueden leerse noticias al respecto, a modo de ejemplo, en los siguientes enlaces: (última visita el 12/03/2018)

<http://www.europapress.es/nacional/noticia-defensa-impone-arresto-mes-presidente-asociacion-tropa-segundo-agosto-20130919112649.html>

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/27/espana/1367055342.html>

<http://www.youtube.com/watch?v=yKxI8KCG2ns>

https://elpais.com/elpais/2011/04/06/actualidad/1302077835_850215.html

Y no sólo es defendible la instauración de un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración desde la vertiente jurídica, sino también desde la vertiente filosófica o sociológica. El patrimonio de las Administraciones Públicas debe verse también como un gran fondo asegurador de los daños y lesiones que sufren los ciudadanos, ya no por razones jurídicas, sino por las exigencias propias de principios que –como el de la solidaridad–, sirven o han de servir de presupuestos básicos para la formación de los actuales Estados democráticos.

Tal y como establecía la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁵⁸⁶, la responsabilidad de las Administraciones Públicas es uno de los dos grandes soportes, junto al principio de legalidad, de nuestro sistema administrativo.

⁵⁸⁶ En esta Ley se establecía un Título específico dedicado a los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, desarrollado posteriormente por RD. 429/1993, de 26 de marzo, que en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ha sido derogado específicamente (por su Disposición derogatoria única, punto 2 apartados a) y d)) y por tanto ha desaparecido totalmente (en aras, según el preámbulo de la vigente Ley 39/2015, a la simplificación de los procedimientos), existiendo tan sólo referencias específicas a estos procedimientos de responsabilidad patrimonial en algunos de sus artículos, en cuanto al silencio desestimatorio (art.24.1), exigencias de motivación (art. 35.h)), en cuanto a su iniciación (arts. 61.4, 65.1, 67, donde se recuerda expresamente el plazo prescriptivo de un año para reclamar), en cuanto a los dictámenes preceptivos (art. 81), en relación a la audiencia a los contratistas en los casos del artículo 32.9 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 82), sobre posibilidad de terminación convencional (art. 86.5), e incluso posibilidad de tramitación simplificada (ex art. 96.4) y las especialidades en cuanto a su resolución (arts. 91 y 92),

De la simple lectura del precepto Constitucional se deriva con nitidez la consideración de la responsabilidad administrativa como una responsabilidad objetiva o sin culpa, es decir, la Constitución atribuye a la Administración el más amplio grado posible de responsabilidad con la única limitación de los casos de fuerza mayor, al no exigirse el elemento de culpa o ilicitud sino únicamente que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público, y englobando tanto el funcionamiento anormal como el normal del mismo.

En este sentido, la STS (Sala 3ª, Sección 1ª) de 5 de junio de 1989, establece que por el carácter directo y objetivo de la responsabilidad del Estado y porque su fundamento no es otro que el de que el Estado afronte los riesgos del ejercicio de sus potestades y de su actuación, nada importa que quien personalmente las ejercita o actúa sea un funcionario público, simple empleado –eventual, contratado o de plantilla– o, incluso, un particular ocasionalmente encargado de que el servicio público funcione (cfr. STS de 24 Feb. 1994, Ar. 1235, entre otras), dando lo mismo que el funcionamiento sea normal o anormal y que el concreto agente se comporte adecuada o improcedentemente, porque esa objetivación del deber de responder conlleva a que su determinación se ha de hacer con absoluta independencia de todo juicio de intencionalidad o culpabilidad de aquél.

Aunque cierto es reconocer la aplicación restrictiva de esta responsabilidad patrimonial que viene produciéndose en los últimos años en los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo y en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, e incluso de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo aduciendo que el funcionario está obligado a suportar los riesgos inherentes de su profesión, y por tanto, los daños derivados de los mismos.

V. CONCLUSIONES FINALES.

Como hemos podido apreciar del presente estudio, en principio se puede concluir que la normativa específica del ámbito militar ha evolucionado de forma adecuada y paralela a la de los otros ámbitos laborales en materia de igualdad de la mujer y conciliación de la vida familiar y laboral.

Ahora bien, lo cierto es que nos encontramos con un colectivo de trabajadores, los militares, en los que tradicionalmente su inmensa mayoría de componentes eran hombres hasta hace pocos años, lo que ha creado una idiosincrasia y unos roles que sólo con el tiempo se podrán ir cambiando.

A ello se añaden unas estructuras jerárquicas cerradas y exigencias de disciplina específicas, que potencian todavía más la posibilidad de ejercer violencia y discriminación sobre la mujer en mayor medida, si cabe, que en los otros colectivos laborales, no sólo por esas particularidades, sino también por dos cuestiones muy particulares, cuales son, por un lado, el hecho de que durante los primeros años de vida profesional, para la mayoría del colectivo femenino, que como hemos visto se encuentra en las Escalas de Tropa y Marinería profesionales, se ve sometido a renovaciones de compromisos discrecionales, que en muchas ocasiones ocultan declaraciones de no idoneidad para esa renovación por motivos discriminatorios y sexistas. Y por otro lado, el hecho de que los procesos penales y disciplinarios en el ámbito militar se desenvuelven en una jurisdicción específica que no reúne las garantías adecuadas de imparcialidad e independencia, en la que se hacen primar valores como la disciplina y la jerarquía por encima de Derechos Fundamentales.

Toda esta problemática en conjunto hace totalmente necesaria la adopción de unas políticas activas para fomentar la igualdad y no

discriminación de la mujer en las Fuerzas Armadas. Solo así podremos alcanzar su incorporación efectiva a este ámbito laboral en auténticas condiciones de igualdad, incorporación que todavía es muy reducida en número de efectivos probablemente debido a esta situación de conflictividad con la que se han encontrado.

Se deberá abordar convenientemente la necesidad de realización de estadísticas que den forma al problema planteado, y una concienciación y educación en materia de igualdad que debe realizarse a través de convenios con Universidades y departamentos específicos que dispongan de estudios multidisciplinares capaces de afrontar estas situaciones con una visión amplia, para adoptar las medidas necesarias que supongan la corrección de estas situaciones de desigualdad y discriminación a la mujer que, en la práctica, se siguen detectando en el ámbito de las Fuerzas Armadas de forma grave, como son muestra los ejemplos que hemos podido relatar en este estudio.

Aunque reconocemos que existen los instrumentos jurídicos necesarios, al ser uno de los países más avanzados en la adopción de medidas normativas adecuadas en este ámbito, en pro de la igualdad de la mujer dentro del seno de las FAS, y que además, ello se ha hecho en poco más de una década, incluso habiéndose creado órganos y entes administrativos específicos que deben ocuparse del estudio y desarrollo de estas cuestiones de prevención y erradicación de la discriminación de la mujer en las FAS, la realidad es que queda mucho camino por recorrer, sobre todo a la hora de hacer funcionar adecuadamente esos instrumentos y organismos para el cumplimiento de sus funciones, dotándolos de medios materiales y personales, permitiéndoles una actuación completa e independiente, y no sólo constituyendo “parches” políticos que permitan aparentar una preocupación por esta materia que realmente no se ha adoptado plenamente.

De la misma forma que España ha sido uno de los países que más ha fomentado la erradicación de las prácticas de violencia de género en los últimos años, creando instrumentos de todo tipo para ello con carácter general en nuestra sociedad, ya es hora de que se adopte la misma voluntad política para que estas medidas de toda índole, preventivas, de fomento de la igualdad, de asesoramiento y de protección a víctimas, se integren en el ámbito de las Fuerzas Armadas donde tenemos un colectivo de mujeres profesionales que requiere la atención adecuada, máxime teniendo en cuenta las particulares, y en ocasiones, extremas condiciones laborales que presentan.

Y a la solución de este problema entendemos que en nada ayuda la propia existencia de una jurisdicción especial militar en la que se analizan y dilucidan las posibles situaciones de abuso, discriminación o acoso a la mujer, tanto en sede disciplinaria como en sede penal, que además recientemente ha ampliado incluso su ámbito competencial en este sentido, y cuyas condiciones de imparcialidad e independencia vienen siendo puestas en tela de juicio en multitud de trabajos doctrinales.

Si a ello sumamos el ostracismo y limitaciones a la publicidad, incluso los obstáculos a la actuación libre e independiente de los organismos creados para solucionar estos problemas, e incluso respecto al funcionamiento de las recientemente creadas asociaciones profesionales de militares y guardias civiles, podemos concluir que difícilmente el problema se solucionará, por mucho que aparentemente se hayan creado normativamente los instrumentos para afrontar esta situación.

No sólo hay que crear formalmente esos instrumentos jurídicos, sino que hay que tener una auténtica voluntad de cambiar la situación actual.

Y en este trabajo tan sólo nos hemos dedicado a analizar la posible discriminación de la mujer en las Fuerzas Armadas, desde

una perspectiva cronológica en la evolución del tratamiento de esta problemática desde la publicación de la Constitución Española en España, dejando para posteriores trabajos el análisis del resto de restricciones, limitaciones y exenciones de derechos fundamentales que también sufren las mujeres militares en las Fuerzas Armadas, al igual que el resto de los militares, presentando su misma problemática en relación a las limitaciones y restricciones a sus derechos fundamentales a la libertad, a la intimidad, a la salud e integridad física y moral, a la libertad de fijación de domicilio y residencia, libertad de expresión, de reunión y asociación, de participación en asuntos públicos, exclusión de los derechos de sindicación y huelga, e incluso del derecho de petición colectivo.

Las limitaciones y restricciones de estos derechos, en general para los militares, también deben ser objeto de una profunda revisión y análisis de su adecuación proporcional y justificada a nuestro actual Estado de Derecho, pues existen numerosas restricciones y limitaciones que, con base a un supuesto mantenimiento de la disciplina militar y las especiales funciones a desempeñar en las Fuerzas Armadas, con la evolución de nuestra sociedad y los profundos cambios que aquí hemos analizado desde la aprobación de nuestra Constitución, se han demostrado injustas, innecesarias y totalmente desproporcionadas.

Dejamos para un trabajo posterior este análisis, pero ya hay que dejar sentado que, a la propia situación real de discriminación que todavía hoy en día sufre la mujer en nuestras Fuerzas Armadas, hay que sumar estas injustificadas limitaciones y restricciones de derechos fundamentales que sufren en general nuestros militares, y con ello difícilmente se podrá hacer atractivo para la mujer su ingreso en las Fuerzas Armadas, y superar el porcentaje de participación reducido del 12,5% en el que, tras más de veinte años de incorporación de la mujer a esta Institución, se ha quedado estancado en los últimos años.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOD: Boletín Oficial de Defensa.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CP Código Penal.

CPM Código Penal Militar.

DD.HH. Derechos Humanos.

EBEP. Estatuto Básico del Empleado Público.

FD Fundamento de Derecho.

FJ Fundamento Jurídico.

FAS Fuerzas Armadas.

LO Ley Orgánica.

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial.

LPM Ley Orgánica Procesal Militar.

LOCOJM Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

LODP Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.

LOVG Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género.

LORDFAS Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

LORDGC Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

REDM Revista española de derecho militar.

RR.OO. Reales Ordenanzas.

TC Tribunal Constitucional.

TS Tribunal Supremo.

TMC Tribunal Militar Central.

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TREBEP Texto Refundido Estatuto Básico Empleado Público.

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS Sentencia del Tribunal Supremo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABA CATOIRA, A., La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: Los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos, Madrid, 2001. Tecnos.

- AGUIAR DE LUQUE, L., “Los límites de los derechos Fundamentales” en Revista del Centro de Estudios Constitucionales nº 14, 1993, pp. 9-34.

- AGUIAR DE LUQUE, L., “La noción de los Derechos Fundamentales desde la perspectiva del constitucionalismo iberoamericano”, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.) Estudios de Derecho Constitucional, Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Valencia, 2001. Tirant lo Blanch, Estudios de Derecho Constitucional, pp. 135-166.

- ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 1997. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- ÁLVAREZ CARREÑO, S.M., “La Constitución como garante de los derechos fundamentales”, en Jornadas XXV Aniversario de la Constitución. Historia, valores y principios del Texto de 1978. Murcia, 20 de noviembre de 2003.

- ÁLVAREZ CONDE, E., Curso de Derecho Constitucional, Madrid, 2005. Tecnos.

- ÁLVAREZ GARCÍA, “Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” en CARBONELL MATEU, J. C., (et. al), Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal, Valencia, 2009. Tirant lo Blanch.

- ÁLVAREZ GARCÍA, J., El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, Barcelona, 1987. Bosch.

- ÁLVAREZ ROLDÁN, L.B., “Estudio de Derecho comparado sobre la organización de la justicia militar en diversos países”, en Revista Española de Derecho Militar nº 53, 1989, pp. 57-74.

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P.A., “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del Juez Togado. Independencia, autogobierno y presencia del ejecutivo en la Jurisdicción Militar” en Justicia. Revista de derecho Procesal núm. 1. 1997, pp. 211-224.

- ANTÓN ONECA, J., Derecho penal, Tomo I, Parte General, Madrid, 1949. Gráfica Administrativa.

- AÑÓN, M. J. y MESTRE i MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres. Discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.), La nueva ley sobre la violencia de género: (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Madrid, 2005. Iustel.

- ARBÓS, X., “La ponderación de intereses en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en AAVV, Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, vol. III, Madrid, 1997. Tecnos.

- AROZAMENA SIERRA, J., “Jueces ordinarios y Constitución”, en Ponencias y Comunicaciones presentadas en las Jornadas sobre el Poder Judicial, celebradas del 17 al 19 de abril de 1985, Centro de Estudios Constitucionales nº 45/46.

- ARTOLA GALLEGO, M., “Las declaraciones de derechos y los primeros textos fundamentales galos en los orígenes del

constitucionalismo español”, en MORAL SANDOVAL, E. (Coord.), España y la Revolución Francesa, Madrid, 1989. Pablo Iglesias.

- AZAR GAT, “Female Participation in War: Bio-Cultural Interactions”, en Journal of Strategic Studies nº 23(4), diciembre 2000.

- BACIGALUPO, M, “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal”, en Revista Española de derecho Constitucional nº 38, 1993, pp. 297-315.

- BARNÉS, J, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en Cuadernos de derecho Público, nº 5, 1998, pp. 15-49.

- BARNÉS, J. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en Revista de Administración Pública nº 135, 1994, pp. 495-538.

- BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en MESTRE i MESTRE, R. (coord.), Mujeres, derechos y ciudadanías, Valencia, 2008. Tirant lo Blanch.

- BARRIOS BAUDOR, G. L., “Baja voluntaria en la empresa como consecuencia de ser víctima de violencia de género versus dimisión”, en Aranzadi Social nº 22, 2007.

- BELANDO GARÍN, B., “Función pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la ley integral contra la violencia de género”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.), La nueva ley sobre la violencia de género: (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Madrid, 2005. Iustel, pp. 463-492.

- BELANDO GARÍN, B., “La evolución de los derechos de las funcionarias ante la violencia de género: el ejemplo valenciano”

en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (et.al), La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense, Cizur Menor, 2012. Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 267-283.

- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”, en DS: Derecho y Salud Vol. 13, nº. 1, 2005, pp. 63-72.

- BERNAL PULIDO, C., El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Madrid, 2003. Centro de estudios políticos y constitucionales.

- BERNAL PULIDO, C., “La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa” en CARBONELL SÁNCHEZ, H (et. al.), Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo Vol. 4, Tomo 1, 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Madrid, 2005. Iustel.

- BRACKEN, P., “Women in the Army”, en STRACHAN H., (Ed.), The British Army, Manpower and Society into the Twenty-First Century, London, 2001. Frank Cass.

- CABALLUD HERNANDO, M.B., “Aportación de la mujer militar en las Fuerzas Armadas españolas a la defensa y la seguridad”, en Arbor Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) Vol 190, (765). Madrid, 2014.

- CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., Tratado de Derecho Penal I. Parte General, Barcelona, 2005. Deusto.

- CALDERÓN SUSIN, E., “La Ley Penal Militar Alemana de 1974: Comentarios y notas”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales nº 1, 1985, pp. 87-110.

- CALDERÓN SUSIN, E., Comentarios al Código penal militar, Madrid, 1988. Civitas.

- CANOSA USERA, R., “Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar” en Revista Poder Judicial nº 34, 1994, pp. 9-38.

- CARBONELL MATEU, J. C., Comentarios al Código penal de 1995, Volumen I, Valencia, 1996. Tirant Lo Blanch.

- CARRILLO CORDERO, F, DEL ÁLAMO ANDRÉS, M y RUIZ MANUEL.S, La cara oculta de los policías en España. Riesgos psicosociales en la actividad policial, Alcira (Valencia) 2006. Germanía.

- CARRILLO CORDERO, F. y DEL ALAMO ANDRÉS, M., Los Guardias Civiles. Esos ciudadanos uniformados, Alcira (Valencia), 2001. Germanía.

- CARRILLO CORDERO, F., DEL ÁLAMO ANDRÉS, M y GRABRIEL AYUSO, J.M., Ciudadanos y Soldados. El asociacionismo militar y otras batallas por los derechos en el Ejército Español, Valencia, 2008. Brosquil Edicions.

- CASTAÑO ZULUAGA, L.O., “La interpretación y la práctica judicial desde una perspectiva integral de la Constitución” en Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 37. nº 107, 2007, Medellín (Colombia), pág. 354 y ss.

- CEREZO MIR, J., Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, 2008, Euros Editores S.R.L., licencia de publicación de Tecnos.

- CLAUS ROXIN, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito (trad. Luzón Peña, D. et al), Madrid, 1997. Civitas.

- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S., Derecho penal parte general, 5ª ed. Valencia, 1999, Tirant lo Blanch.

- COBO DEL ROSAL, M (coord.), Derecho penal español. Parte Especial, Madrid, 2004, Dykinson.

- CORRALES ELIZONDO, A., “Reflexiones sobre las perspectivas de actualización en el derecho penal y judicial militar”, en PÉREZ ESTEBAN, F., El Derecho Penal y Procesal Militar en la reforma de las normas comunes, Madrid, 1996. Consejo General del Poder Judicial.

- CORSI, J., “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar” en CORSI, J. (coord.), Violencia familiar: Una mirada interdisciplinar sobre un grave problema social, Buenos Aires-Barcelona-México, 1994, Paidós.

- CRUZ VILLALÓN, P., “El principio de igualdad y otros conceptos afines” en AA.VV., Jornadas sobre los Derechos Individuales en la Constitución Española: la Doctrina del Tribunal Constitucional, Sevilla, 1993. Fundación El Monte.

- CUELLO CONTRERAS, J., El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3ª Ed. Madrid 2002. Dykinson.

- DE LA OLIVA, A. FERNÁNDEZ, M.A., Derecho Procesal Civil I, 4.ª ed. Madrid, 1995. Centro de Estudios Ramón Areces.

- DE LA OLIVA, A., DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS TORRES, J., Derecho Procesal. Introducción, 2.^a ed, 1.^a Reimp., Madrid, 2002, Centro de Estudios Ramón Areces.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., “La perversión jurídica del amparo constitucional en España”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 124, 2009, pp. 355-387.

- DE OTTO PARDO, I., Estudios sobre el Poder Judicial, 1.^a ed., Madrid, 1989, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.

- DÍAZ PALOS, F., “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida” en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria Tomo I, Barcelona, 1983. Bosch.

- DOIG DÍAZ, Y., Jurisdicción Militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial, Valencia, 2003. Publicaciones de la Universidad de Alicante.

- DOMENAU-JOSETTE, P., Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme?, Consejo de Europa, 2011.

- DOMÍNGUEZ-ALCAHUD, I., “La mujer en las Fuerzas Armadas” en Revista Ecofin, 2013.

- EMBID IRUJO, A., “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, en Revista Española de Derecho Administrativo, n° 137, 2008, pp. 5-30.

- ESCALADA LÓPEZ, M. L., “Algunas reflexiones en torno a la jurisdicción militar”, en Revista General de Derecho Procesal n° 12, mayo 2007. Iustel.

- ESPÍN TEMPLADO, E., FERNÁNDEZ FARRERES, G. y CRUZ VILLALÓN, P., La reforma de la justicia constitucional, Cizur Menor, 2006. Aranzadi.

- ESPINOSA DÍAZ, A, “El recurso de amparo problemas antes, y después, de la reforma” en Indret: Revista para el Análisis del Derecho nº 2, 2010.

- FELIX DE LA PEÑA, Fundamentos de un nuevo Código Militar y Proyecto de Código de Justicia Militar. Prólogo y articulado, Madrid, 1854. Imprenta de Huérfanos.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F., La dimensión laboral de la violencia de género, Albacete, 2005. Bomarzo.

- FERNÁNDEZ NIETO, J., Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo, Madrid, 2008. Dykinson.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La mujer y las Fuerzas Armadas. Un estudio jurídico-constitucional” en VV.AA., Mujer y Constitución en España, Madrid, 2000. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp- 295-334.

- FERRAJOLI, L., “Las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales” en Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho nº 29, 2006, pp. 15-31.

- FERRAJOLI, L., “Sobre los Derechos Fundamentales” en Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional nº 15, 2006, pp. 113-136.

- FERRER SAMA, A., Comentarios al Código Penal. Tomo II, Murcia, 1947. Cartoné editorial.

- FRANCISCO PACHECO, J., El Código penal, comentado y concordado, Madrid, 2000. Edisofer.

- G. DE BÜRCA, “Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on UK Law” en *European Public Law*, Vol 3, nº 4, 1997, pp. 561–586.

- GALETTA, D.U., “El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario”, en *Cuadernos de Derecho Público* nº 5, 1998, pp. 75-118.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J., “El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley” en MARTÍNEZ ARRIETA, A. (dir) *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 6 dedicado a Jurisdicción y Competencia Penal Madrid 1996, pp. 13-58.

- GARBERÍ, J., “Réquiem por el recurso de amparo constitucional”, en *Diario LA LEY*, nº 7120, 2009.

- GARCÍA CUADRADO, A.M., *Sistema constitucional de derechos y libertades*, Alicante, 2000. Club Universitario.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho administrativo I*, 11ª edición, Madrid, 2002. Civitas.

- GARCÍA MACHO, R., *Las Relaciones de Especial Sujeción en la Constitución Española*, Madrid, 1982. Tecnos.

- GARCÍA TESTAL, E., “Derecho del Trabajo y Violencia de Género” en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.) *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Cizur Menor (Navarra) 2012. Thomson Reuters Aranzadi.

- GARCÍA TESTAL, E., “Los efectos de la Orden de Alejamiento en la relación laboral y en el concepto de “colocación adecuada”: ¿Qué ocurre si agresor y víctima trabajan en el mismo

centro de trabajo?”, en CEF Trabajo y Seguridad Social nº 304, 2008, pp. 93-94.

- GARCÍA VALVERDE, M. D., “Mujer Extranjera y violencia de género”, en Revista de Treball, economia i societat nº 46, 2007, pp. 9-17.

- GARRIGUES GIMÉNEZ, A, “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”, en Aranzadi Social: revista doctrinal Vol. 2, 2009, pp. 53-80.

- GIL GARCÍA, O., La jurisdicción militar en la etapa constitucional, Madrid, 1999. Marcial Pons.

- GIMÉNEZ GLUCK, D., Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, Valencia, 1999. Tirant lo Blanch.

- GIMÉNEZ GLUCK, D., “La necesidad de una agencia española para la igualdad de la mujer en el empleo” en RIDAURA MARTÍNEZ, M.J. (Coord.) Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer), Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, pp. 121-159.

- GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, 3ª ed., Madrid, 1999, Colex.

- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Introducción al Derecho Procesal, 4ª ed., Madrid, 2003. Colex.

- GIMENO SENDRA, V. (Dir.) El tribunal supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete, Madrid, 2007. Iustel

- SVAREZ, C. G., Vorträge über Recht und Staat (Conferencias sobre el derecho y del Estado), Colonia, 1960. Opladen: editorial de Alemania Occidental.

- GOMES CANOTILHO, J.J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 1997. Almedina.

- GÓMEZ MARTÍNEZ, R., El estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España. Antecedentes, fundamento y situación actual. Director: Gregorio Cámara Villar. Tesis doctoral. Universidad de Granada. Facultad de Derecho. 2008.

- GÓMEZ MARTÍNEZ, R., Derechos Fundamentales y Condición Militar. Cizur Menor, 2010. Thomson-Reuters.

- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad”, en Revista Jurídica de Cataluña Vol. 101, nº 4, 2002, pp. 1099-1120.

- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Navarra, 2003. Thomson Reuters-Aranzadi.

-GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGUEZ, N., “Bosquejo histórico legislativo del cuerpo jurídico militar” en Revista Española de Derecho Militar nº 54, 1989, pp. 249-258.

- GÜNTHER YAKOBS, Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (trad. CUELLO CONTRERAS, J y SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J.L.) 2ª ed., Madrid, 1997. Marcial Pons.

- HÄBERLE, P., La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley, Madrid, 2003. Dykinson.

- HARRELL M. y MILLER, L., *New Opportunities for Military Women: Effects upon Readiness, Cohesion and Morale*, Santa Monica, 1997. Rand Corporation.

- HERNÁNDEZ MUNTIEL, A., “Observaciones de un juez togado tras ocho años de funcionamiento de la nueva jurisdicción militar” en *Revista Española de Derecho Militar* n° 69, 1997, pp. 193-206.

- HERNÁNDEZ SUAREZ-LLANOS, F.J., “A vueltas con la obediencia debida: ¿Mandatos antijurídicos obligatorios”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 22, 2010-II, pp. 145-170.

- HIRIGOYEN, M., *El Acoso Moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Barcelona, 1999. Paidós.

- HOMBRADO MARTOS, A., OLMEDA GÓMEZ, J. A. y DEL VAL CID, C., “La incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas: el caso español y su percepción pública en perspectiva comparada”, en *Documentos de Trabajo: Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos* n° 7, 2007.

- JIMÉNEZ CAMPO J., "El legislador de los derechos fundamentales" en GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (Coord.) *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI: “La culpabilidad y su exclusión”, Buenos Aires, 1962. Losada.

- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Subsistencia de la especialidad de la Jurisdicción Militar” en RAMIREZ JIMENEZ (Coord) *Constitución y Jurisdicción Militar*, Zaragoza, 1997. Libros Pórtico, pp. 125-132.

- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Derechos y deberes del militar profesional en la Constitución española”, en Revista Española de Derecho Militar nº 77, Madrid, 2001. Ministerio de Defensa (Secretaría General Técnica), pp. 445-472.

- JOHNSTON CONOVER, P. Y SAPIRO, V., “Gender, Feminist Consciousness, and War”, en American Journal of Political Science Vol. 37, núm. 4, Michigan, 1993.

- JORDANA DE POZAS, L., “El problema de los fines de la actividad administrativa”, en Revista de Administración Pública nº 4, 1951, pp. 11-28.

- JUANES PECES, A. “La jurisdicción militar. Régimen legal vigente: especial referencia a la sala quinta del tribunal supremo: perspectivas de futuro” en GIMENO SENDRA, V. (dir.) El tribunal supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete, Madrid, 2007. Iustel, pp. 17-30.

- KAHALE CARRILLO, D. T., “El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los Convenios Colectivos”, en Aranzadi Social nº 5, 2007, pp. 1855-1873.

- KENNEDY-PIPE, C., “Women and the Military”, en Journal of Strategic Studies, Vol. 23, nº 4, 2008, pp. 32-50.

- LOPERA MESA, G.P. “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo” en Revista española de Derecho Constitucional (Nueva Época) nº 73, 2005, pp. 381-410.

- LÓPEZ DE GEA, J., Derechos Fundamentales y estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas. Director: José María Cayetano Núñez Rivero y María Acracia Núñez Martínez. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, 2013.

- LÓPEZ GUERRA, L. M^a., “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978” en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, 2000. Centro de Estudios Políticos y constitucionales.

- LÓPEZ PINA, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, Civitas.

- LÓPEZ RAMÓN, F “Recurso contencioso-disciplinario militar” en *Revista Documentación Administrativa*, nº 220, 1989, pp. 85-116.

- LÓPEZ-LORCA, B., *Algunas reflexiones para la reforma de la Justicia Militar*, Cuenca, 2015. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla La Mancha.

- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2005. Dykinson,

- MARIÑO MENÉNDEZ, F., *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Madrid, 1996, Universidad Carlos III de Madrid.

- MAQUEDA ABREU, M. L., *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Sevilla, 1998, Instituto Andaluz de Administración Pública.

- MARTÍN RETORTILLO, L. “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *La Europa de los Derechos Humanos*, Madrid 1998. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 251 y ss.

- MARTÍNEZ DE LA VEGA Y ZEGRI, J., “El derecho militar en la Edad Media”, en Biblioteca del Boletín de justicia militar, 1912.

- MASIDE MIRANDA, L., “Panorámica de derecho comparado sobre la Organización de la jurisdicción militar”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña nº 1. 1997, pp. 361-370.

- MAZZI, Giuseppe, “Ordinamento giudiziario Militare”, en Rassegna della Giustizia Militare nº 6, 1989.

- MEDINA GUERRERO, M., La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales, Madrid, 1997. McGraw-Hill Interamericana de España.

- MIR PUIG, S., Derecho Penal, Parte General, 7ª edic., Barcelona, 2004. Reppertor,

- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., La víctima de violencia de género y su modelo de protección social, Valencia, 2009. Tirant lo Blanch.

- MONTERO AROCA, J., La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial, Libro Homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984. Comares.

- MONTILLA MARCOS, J. A., “El mandato constitucional de promoción de igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en Estudio de Derecho Público (Homenaje a Juan José Ruiz Rico) Vol. 1, Madrid, 1997. Tecnos, pp. págs. 437-464.

- MORILLAS CUEVA, L., La obediencia debida, aspectos legales y político criminales, Madrid, 1984. Civitas

- MUERZA ESPARZA, J., Comentarios a la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género (Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales), Cizur Menor (Navarra), 2005. Aranzadi-Thomson.

- MUÑOZ ARNAU, J.A., Los límites de los derechos en el Derecho español, Pamplona, 1998. Aranzadi.

- MUÑOZ CONDE F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal, parte general, 7ª ed., Valencia, 2007. Tirant Lo Blanch.

- N. ROSEN, L., (et. Al.) “Cohesion and Readiness in Gender-Integrated Combat Service Support Units: the Impact of Acceptance of Women and Gender Ratio”, en *Armed Forces & Society* nº 22, 4, 1996.

- OLLERO-CAPRANI, A., “La mujer en los escalones de mando”, en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios* nº 667, 1995, pp. 59 y ss.

- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal, Granada, 1999. Comares.

- ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J. JUAN SÁNCHEZ, R., Derecho Procesal. Introducción, Valencia, 2.ª ed., 2003. Punto y Coma.

- ORTIZ URCULO, J., “Es causa de inadmisión insubsanable no justificar expresamente en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso”, en *Diario LA LEY* nº 7056, Sección Jurisprudencia, noviembre de 2008.

- P. LERCHE, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Colonia-Berlín-Munich-Bonn, 1961. Carl Heymanns.

- PALACIÁN DE INZA, B, “Ser mujer en Afganistán”, en Revista Española de Defensa nº 47, 2012.

- PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Toque de silencio por la Justicia Militar” en Revista de Administración pública nº 127, 1992, pp. 7-44.

- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., “Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención “por obediencia debida” en un derecho penal liberal”, en Actualidad Penal nº 15, 1997, pp. 319-352.

- PARISI MIRALLES, A., y LÓPEZ GUZMÁN, J., “El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su reconocimiento legal”, en Biomedicina Vol. 4, nº. 1, 2009, pp. 50-62.

- PEDRAZ PENALVA, E., “La Administración de Justicia durante la Guerra Civil en la España Nacional, Justicia en guerra” en Jornadas sobre la administración de justicia durante la Guerra Civil Española : instituciones y fuentes documentales: organizadas por el Archivo Histórico Nacional, sección "Guerra Civil". Salamanca, del 26 al 28 de nov. 1987, Madrid, 1990, pp. 317-372.

- PERELLÓ DOMENECH, I, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional” en Jueces para la Democracia nº 28, 1997, pp. 69-75.

- PÉREZ ESTEBAN, F. “La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar”, en Revista del Poder Judicial nº 55, Madrid, 1999, pp. 507-546.

- PÉREZ TREMP, P., Derecho Constitucional. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Vol I, Valencia, 2007. Tirant Lo Blanch.

- PÉREZ-BARBA MARTÍNEZ, G., Tránsito a la modernidad y Derechos Fundamentales, Madrid, 1982. Mezquita.

- PHILIPPE, X, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, París, 1990. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille.

- PIGNATELLI MECA, F.: “El Código Penal Militar. Perspectivas de lege ferenda”, en PÉREZ ESTEBAN, F., El Derecho Penal y Procesal Militar en la reforma de las normas comunes, Madrid, 1996. Consejo General del Poder Judicial.

- PIGNATELLI Y MECA, F., La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal, Madrid, 2003. Ministerio de Defensa.

- PITARCH BARTOLOMÉ, J.L., Memoria irredenta del franquismo. La reconciliación del embudo, Barcelona, 2009. Flor del Viento.

- PRIETO SANCHIS, L. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 5, nº 8. Madrid, 2000. Universidad Carlos III, pp. 429-468.

- PRIETO-CASTRO, L., Derecho de Tribunales, Pamplona, 1986. Aranzadi.

- QUERALT GIMÉNEZ, J.L., La obediencia debida en el Código Penal, análisis de una Causa de Justificación, Barcelona, 1986. Bosch.

- QUINTERO OLIVARES, G., Curso de Derecho penal, Parte General, Barcelona, 1996. Cedecs.

- RAMIREZ SINEIRO, J.M., “La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad

con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Revista Poder Judicial nº 33, 1994, pp. 151-168.

- REY MARTÍNEZ, F., “principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en VVAA, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, 2000. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 431-466.

- RICHARD C. EICHENBERG, “Gender Differences in Public Attitudes toward the Use of Force by the United States, 1990-2003”, *International Security*, 28, 1, 2003. MIT Press.

- RIDAURA MARTINEZ, M. J., “La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español” en RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coords.) *Discriminación Versus Diferenciación* (Especial referencia a la problemática de la mujer), Valencia, 2004. Tirant lo Blanch.

- RIVAS VALLEJO, P. y BARRIOS BAUDOR G. L. (Dir.), *Violencia de Género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Cizur Menor-Navarra, 2007. Thomson-Aranzadi.

- ROBERT Y. SHAPIRO y HARPREET MAHAJAN, “Gender Differences in Policy Preferences: A Summary of Trends”, en *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 50, nº 1, primavera 1986, pp. 42-61.

- RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *Diario La Ley*, nº 8503, Sección Columna, 18 de Marzo de 2015.

- RUEDA GARCÍA, L., “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario* nº 7, 2004, pp. 24-32.

- RUIZ ZAPATERO, G.G., “Recurso efectivo en defensa de derechos fundamentales”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 10, 2014, pp. 71-85.

- SANDOVAL CORONADO, J.C., “Razones para una nueva concepción del delito militar en la política criminal y la política legislativa” en PÉREZ ÁLVAREZ, F y DÍAZ CORTÉS, M.L. (coords.) *Temas actuales de investigación en ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009*, Salamanca, 2011. Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 303-325.

- SANDULLI, A, “Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati” en *Rivista Trimistrale di Diritto Pubblico* n° 329, 1995.

- SANZ CABALLERO, S., “Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres” en RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coords.) *Discriminación Versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004. Tirant lo Blanch.

- SARMIENTO RAMIREZ- ESCUDERO, D., *El control de la proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, 2004. Tirant lo Blanch.

- SEGU VILLUENDAS, E., “Tiro de gracia al recurso de amparo”, en *Diario La Ley*, n° 7041, 2008.

- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Aspectos socio laborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en MUERZA ESPARZA, J., (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género (Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales)*, Cizur Menor (Navarra), 2005. Aranzadi-Thomson.

- SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo” en RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (coords.) *Discriminación Versus Diferenciación* (Especial referencia a la problemática de la mujer), Valencia, 2004. Tirant Lo Blanch.

- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., *Derecho penal. Parte Especial*, 10ª ed., Madrid, 2005. Ed. Dykinson,

- SIMONS, A., “Women Can Never ‘Belong’ in Combat”, en *Orbis*, verano 2000, Vol. 44, Issue 3, p. 451-461.

- SORIA SESÉ, L., “La ordenación jurídica del ejército español decimonónico” en ALVARADO PLANAS, J. y PÉREZ MARCOS, R.M., *Estudios sobre ejército, política y derecho en España (Siglos XII-XX)*, Madrid, 1996. Polifemo, pp. 237-276.

- SORIN K. (et al.), *Des Femmes Militaires en Occident, Quels Enseignements pour la France?: Allemagne, Canada, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni. (Les documents du C2SD)*, París, 2005. Centre d’Études en Sciences Sociales de la Défense.

- STERN, K., “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania” en *Centro de Estudios Constitucionales* nº 1, 1988, pp. 261-277.

- TENORIO SÁNCHEZ, P.J., *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Perspectivas de reforma*, Madrid, 2014. Fundación Wolters Kluwer.

- TOM W. SMITH, “Gender and Attitudes Toward Violence”, en *The Public Opinion Quarterly*, 48, 1, primavera 1984.

- TRONCOSO DE CASTRO, A., “La independencia de los auditores en la Jurisdicción Militar. Una visión ética de la Auditoría militar” en *Ética de las profesiones jurídicas: estudios sobre deontología* Vol. 2, 2003. Universidad Católica San Antonio de

Murcia, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, pp. 695-735.

- VALLECILLO, A., Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, Madrid, 1852. Imprenta de los Señores Andrés y Díaz.

- VAN CREVELD, M., “Less Than We Can Be: Men, Women and the Modern Military”, en *Journal of Strategic Studies*, 23, 4, diciembre 2000, págs. 1-20.

- VAN CREVELD, M., “Women in the Military: Gain or Regression?”, en Stuart A. Cohen (comp.), *Democratic Societies and Their Armed Forces. Israel in Comparative Perspective*, Londres, 2000. Frank Cass.

- VIVES ANTÓN, T. S., “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, en *Estudios Penales y Criminológicos* nº 5, 1980-1981, pp. 131-148.

- W. SEGAL, M., “Military Culture and Military Families”, en KATZENSTEIN M. y REPPY J., (comps.), “Beyond Zero Tolerance: Discrimination in Military Culture”, Nueva York, 1999. Roman & Littlefield.

- W. SEGAL, M., “Women’s Military Roles Cross-nationally: Past, Present and Future”, en *Gender and Society*, 9, 6, 1995.

- ZIMMERLI, U, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht: Versuch einer Standortbestimmung*, Berna, 1978. Helbing & Lichtenhahn.

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 1ª, Sentencia de 17 de enero de 1970, caso Delcourt contra Bélgica, demanda núm. 2689/65. ECLI:CE:ECHR:1970:0117JUD000268965

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57467>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Pleno, Sentencia de 8 de Junio de 1976, demanda nº 5100/1971, caso Engels y otros contra Holanda, demandas núms. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72. ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57478>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 1 octubre de 1982, caso Piersack contra Bélgica, demanda núm. 8692/79. ECLI:CE:ECHR:1982:1001JUD000869279

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 octubre de 1984, caso Cubber contra Bélgica, demanda núm. 9186/80. ECLI:CE:ECHR:1984:1026JUD000918680

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Pleno), Sentencia de 6 de diciembre de 1988, caso Barbera, Messegué y Jabardo contra España, demanda núm. 10590/83. ECLI:CE:ECHR:1988:1206JUD001059083

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57429>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de febrero de 1989, caso Barfod contra Dinamarca, Demanda núm. 11508/85 ECLI:CE:ECHR:1989:0222JUD001150885

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57430>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 24 mayo 1989 (Pleno), caso Hauschildt contra Dinamarca, demanda núm. 10486/83. ECLI:CE:ECHR:1989:0524JUD001048683

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), Sentencia de 2 de noviembre de 2006, caso Dacosta Silva contra España, demanda núm. 69966/01.

ECLI:CE:ECHR:2006:1102JUD006996601

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77791>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Sentencia de 3 de abril de 2012, caso Manzananas Martín contra España, demanda núm. 17966/10. ECLI:CE:ECHR:2013:0305JUD001796610

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117250>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Sentencia de 5 de marzo de 2013, caso Varela Geis contra España, demanda núm. 61005/09. ECLI:CE:ECHR:2013:0305JUD006100509

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117246>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Sentencia de 18 de junio de 2013, caso R.M.S. contra España, demanda núm. 28775/2012. ECLI:CE:ECHR:2013:0618JUD002877512

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124179>

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Sentencia de 20 de enero de 2015, caso Agustín Arribas Antón contra España, demanda núm. 16563/2011.

ECLI:CE:ECHR:2015:0120JUD001656311

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150768>

Jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia de 15 de junio de 1975, *asunto DEFRENNE*, (C-149/77), ECLI:EU:C:1978:130

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?pro=&lgrec=es&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=es&critereEcli=ECLI%253AEU%253AC%253A1978%253A130&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=55722>

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sala Sexta), Sentencia de 2 de octubre de 1997, *asunto Gerster/Freistaat Bayern* (C-1/95) ECLI:EU:C:1997:452

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?pro=&lgrec=es&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=es&critereEcli=ECLI%253AE>

- Tribunal Constitucional (Sala 1ª), Sentencia nº 15/1982, de 23 de abril (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 1982), recurso de amparo núm. 205/1981. ECLI:ES:TC:1982:15

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/57>

- Tribunal Constitucional (Sala 2ª), Sentencia nº 22/1982, de 12 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1982), recurso de amparo núm. 383/1981. ECLI:ES:TC:1982:22

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/64>

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 62/1982, de 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 1982), recursos de amparo núms. 185/1980 y 402/1981 acumulados. ECLI:ES:TC:1982:62

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/104>

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 81/1982, de 21 de diciembre (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1983), recurso de amparo núm. 158/1982. ECLI:ES:TC:1982:81

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/12>

[3](#)

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 75/1983, de 3 de agosto (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1983), cuestión de inconstitucionalidad núm. 44/1982. ECLI:ES:TC:1983:75

http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/203#complete_resolucion&completa

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 81/1983, de 10 de octubre (BOE núm. 266, de 07 de noviembre de 1983), recurso de amparo núm. 42/1983. ECLI:ES:TC:1983:81

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/20>

9

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 90/1983, de 7 de noviembre (BOE núm. 288, de 02 de diciembre de 1983), recurso de amparo núm. 381/1982. ECLI:ES:TC:1983:90

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21>

8

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 91/1983, de 7 de noviembre (BOE núm. 288, de 02 de diciembre de 1983), recurso de amparo núm. 453/1982. ECLI:ES:TC:1983:91

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21>

9

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia 103/1983, de 14 de diciembre (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1983), cuestión de inconstitucionalidad núm. 301/1982. ECLI:ES:TC:1983:103

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23>

1

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 22/1984, de 17 de febrero (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984), recurso de amparo núm. 59/1983. ECLI:ES:TC:1984:22

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/27>

5

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 67/1984, de 7 de junio (BOE núm. 165, de 11 de julio de 1984), recurso de amparo núm. 306/1983. ECLI:ES:TC:1984:67

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/32>

0

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 94/1984, de 16 de octubre (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 1984), recurso de amparo núm. 695/1983. ECLI:ES:TC:1984:94

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/34>

7

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 110/1984, de 26 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984), recurso de amparo núm. 575/1983. ECLI:ES:TC:1984:110

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/36>

3

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 111/1984, de 28 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984), recurso de amparo núm. 751/1983. ECLI:ES:TC:1984:111

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/36>

4

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 66/1985, de 23 de mayo (BOE núm. 134, de 05 de junio de 1985), recurso previo de inconstitucionalidad núm. 872/1984. ECLI:ES:TC:1985:66

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/44>

6

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 159/1986, de 16 de diciembre (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1986), recurso de amparo núm. 57/1984. ECLI:ES:TC:1986:159

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/72>

[2#complete_resolucion&completa](#)

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 2/1987, de 21 de enero (BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1987), recursos de amparo núms. 940 y 949/1985. ECLI:ES:TC:1987:2

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/73>

4

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 128/1987, de 16 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987), recurso de amparo núm. 1123/1985. ECLI:ES:TC:1987:128

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/86>

0

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 196/1987, de 11 de diciembre (BOE núm. 7, de 08 de enero de 1988), cuestión de inconstitucionalidad núm. 286/1984. ECLI:ES:TC:1987:196

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/92>

8

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 4/1988, de 21 de enero (BOE núm. 31, de 05 de febrero de 1988), cuestiones de inconstitucionalidad núms. 102 y 452/1986 acumuladas. ECLI:ES:TC:1988:4

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/945>

-Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 166/1988, de 26 de septiembre (BOE núm. 247, de 14 de octubre de 1988), recurso de amparo núm. 988/1987. ECLI:ES:TC:1988:166

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11>

07

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 209/1988, de 10 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1988), recurso de amparo núm. 752/1985. ECLI:ES:TC:1988:209

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11>

50

-Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 19/1989, de 31 de enero (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989), recurso de amparo núm. 1.152/1986. ECLI:ES:TC:1989:19

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/12>

25

-Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 69/1989, de 20 de abril (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1989), recurso de amparo núm. 66/1987. ECLI:ES:TC:1989:69

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/12>

75

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 129/1989, de 17 de julio (BOE núm. 189, de 09 de agosto de 1989), recurso de amparo núm. 897/1987. ECLI:ES:TC:1989:129

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/13>

35

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 20/1990, de 15 de Febrero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1990), recurso de amparo núm. 1503/1987. ECLI:ES:TC:1990:20

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/14>

[45#complete_resolucion&completa](#)

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 137/1990, de 19 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990), recurso de amparo núm. 397/1990. ECLI:ES:TC:1990:137

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/15>

62

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 181/1990, de 15 de noviembre (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 1990), recurso de amparo núm. 426/1988. ECLI:ES:TC:1990:181

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/16>

06

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 50/1991, de 11 de marzo (BOE núm. 91, de 16 de abril de 1991), recurso de amparo núm. 1298/1988. ECLI:ES:TC:1991:50

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/16>

89

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 60/1991, de 14 de marzo (BOE núm. 91, de 16 de abril de 1991), recurso de inconstitucionalidad núm. 545/1990. ECLI:ES:TC:1991:60

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/16>

99

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 145/1991, de 1 de julio (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991), recurso de amparo núm. 175/1989. ECLI:ES:TC:1991:145

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/17>

84

-Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 216/1991, de 14 de noviembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991), recurso de amparo núm. 1844/1988. ECLI:ES:TC:1991:216

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/18>

55

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 28/1992 de 9 de marzo, (BOE núm. 87, de 10 de abril de 1992), recurso de amparo núm. 1.191/1989. ECLI:ES:TC:1992:28

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/19>

15

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 85/1992, de 8 de junio (BOE núm. 157, de 01 de julio de 1992), recurso de amparo núm. 1.105/1989. ECLI:ES:TC:1992:85

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/19>

72

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 229/1992, de 14 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993), recurso de amparo núm. 2281/1989. ECLI:ES:TC:1992:229

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21>

16

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 3/1993, de 14 de enero (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1993), cuestión de inconstitucionalidad núm. 231/1987. ECLI:ES:TC:1993:3

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21>

32

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 109/1993, de 25 de marzo (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1993), cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.348/1988. ECLI:ES:TC:1993:109

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22>

38

– Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 173/1994, de 7 de junio (BOE núm. 163, de 09 de julio de 1994), recurso de amparo núm. 18/1992. ECLI:ES:TC:1994:173

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/26>

90

-Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 204/1994, de 11 de julio (BOE núm. 185, de 04 de agosto de 1994), recursos de amparo acumulados núms. 1.949/1991 y 548/1992. ECLI:ES:TC:1994:204

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2721>

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 286/1994, de 28 de noviembre (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 1994), recurso de amparo núm. 175/1993. ECLI:ES:TC:1994:286

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/28>

03

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 317/1994, de 28 de noviembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1994), recurso de amparo núm. 1.393/1992. ECLI:ES:TC:1994:317

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/28>

34

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 16/1995, de 24 de enero (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995), recurso de amparo núm. 1.115/1993. ECLI:ES:TC:1995:16

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/28>

70

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 66/1995, de 8 de mayo (BOE núm. 140, de 13 de junio de 1995), recurso de amparo núm. 1.693/1992. ECLI:ES:TC:1995:66

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/29>
20

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 113/1995, de 6 de julio (BOE núm. 184, de 03 de agosto de 1995), cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 1.650/1989, 2.049/1989, 2.117/1989 y 2.224/1989. ECLI:ES:TC:1995:113

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/29>
67

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 55/1996, de 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996), cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 961/1994, 1.125/1995 y 2.736/1995. ECLI:ES:TC:1996:55

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/31>
07

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 136/1996, de 23 de julio (BOE núm. 194, de 12 de agosto de 1996), recurso de amparo núm. 1.793/1994. ECLI:ES:TC:1996:136

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/31>
88

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 177/1996, de 11 de noviembre (BOE núm. 303, de 17 de diciembre de 1996), recurso de amparo núm. 2.996/1994. ECLI:ES:TC:1996:177

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/32>

29

-Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 207/1996, de 16 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997), recurso de amparo núm. 1.789/1996. ECLI:ES:TC:1996:207

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/32>

59

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 126/1997, de 3 de julio (BOE núm. 171, de 18 de julio de 1997), cuestión de inconstitucionalidad núm. 661/1996. ECLI:ES:TC:1997:126

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/33>

91

- Tribunal Constitucional (Sala 2ª), Sentencia nº 142/1997, de 15 de septiembre (BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1997), recurso de amparo núm. 1.210/1993. ECLI:ES:TC:1997:142

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/34>

07

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 161/1997, de 2 de octubre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), cuestión de inconstitucionalidad núm. 4.198/1996. ECLI:ES:TC:1997:161

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/34>

26

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 200/1997, de 24 de noviembre (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997), recurso de amparo núm. 2.628/1995. ECLI:ES:TC:1997:200

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/34>

65

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 49/1999, de 5 de abril (BOE núm. 100, de 27 de abril de 1999), recursos de amparo acumulados núms. 195/1995, 254/1995, 255/1995, 256/1995, 257/1995 y 260/1995. ECLI:ES:TC:1999:49

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/37>

91

- Tribunal Constitucional(Pleno), Sentencia nº 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), recurso de amparo núm. 5459/1997. ECLI:ES:TC:1999:136

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/38>

78

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 18/2000, de 31 de enero (BOE núm. 54, de 03 de marzo de 2000), recurso de amparo núm. 2656/1996. ECLI:ES:TC:2000:18

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/40>

02

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 110/2000, de 5 de mayo (BOE núm. 136, de 07 de junio de 2000), recurso de amparo núm. 2560/1996. ECLI:ES:TC:2000:110

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/40>

94

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 203/2000, de 24 de julio (BOE núm. 203, de 24 de agosto de 2000), recurso de amparo núm. 2947/1997. ECLI:ES:TC:2000:203

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/41>

87

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 250/2000, de 30 de octubre (BOE núm. 288, de 01 de diciembre de 2000), recurso de amparo núm. 2075/1996. ECLI:ES:TC:2000:250

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/42>

34

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 20/2001, de 29 de enero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 2001), recurso de amparo núm. 2064/1998. ECLI:ES:TC:2001:20

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/43>

16

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 136/2001, de 18 de junio (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2001), recurso de amparo núm. 871/1997. ECLI:ES:TC:2001:136

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/44>

32

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 115/2001, de 10 de mayo (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2001), recurso de amparo núm. 1786/1998. ECLI:ES:TC:2001:115

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/44>

11

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 157/2001, de 2 de julio (BOE núm. 178, de 26 de julio de 2001), recurso de amparo núm. 1984/1999. ECLI:ES:TC:2001:157

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/44>

53

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 200/2001, de 4 de octubre (BOE núm. 266, de 06 de noviembre de 2001), cuestión de inconstitucionalidad núm. 2992/1999. ECLI:ES:TC:2001:200

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/44>
96

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 207/2001, de 22 de octubre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2001), recurso de amparo núm. 1515/1998. ECLI:ES:TC:2001:207

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/45>
03

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 29/2002, de 11 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2002), recurso de amparo núm. 198/1998. ECLI:ES:TC:2002:29

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/45>
65

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 30/2002, de 11 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2002), recurso de amparo núm. 1481/1998. ECLI:ES:TC:2002:30

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/45>
66

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 41/2002, de 25 de febrero (BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002), recurso de amparo núm. 1203/1997. ECLI:ES:TC:2002:41

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/45>
77

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 17/2003, de 30 de enero (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 2003), recurso de amparo núm. 1150/1999. ECLI:ES:TC:2003:17

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/47>

92

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 98/2003, de 2 de junio (BOE núm. 156, de 01 de julio de 2003), recurso de amparo núm. 3165/1998. ECLI:ES:TC:2003:98

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/48>

73

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 195/2003, de 27 de octubre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003), recurso de amparo núm. 6344-2001. ECLI:ES:TC:2003:195

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/49>

70

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 107/2004, de 28 de junio (BOE núm. 180, de 27 de julio de 2004), recurso de amparo núm. 3862-2003. ECLI:ES:TC:2004:107

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/51>

12

-Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 179/2004, de 21 octubre (BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2004), cuestión de inconstitucionalidad núm. 2885-2001. ECLI:ES:TC:2004:179

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/51>

84

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 175/2005, de 4 de julio (BOE núm. 186, de 05 de agosto de 2005), recurso de amparo núm. 2928-2001. ECLI:ES:TC:2005:175

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/54>
35

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 182/2005, de 4 de julio (BOE núm. 186, de 05 de agosto de 2005), recurso de amparo núm. 2447-2002. ECLI:ES:TC:2005:182

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/54>
42.

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 214/2006, de 3 de julio (BOE núm. 185, de 04 de agosto de 2006), recurso de amparo núm. 4146-2003. ECLI:ES:TC:2006:204

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/58>
06

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 324/2006, de 20 de noviembre (BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2006), recurso de amparo núm. 3205-2003. ECLI:ES:TC:2006:324

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/59>
26

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 342/2006, de 11 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2007), recurso de amparo núm. 812-2004. ECLI:ES:TC:2006:342

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/59>
44

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 17/2007, de 12 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007), recurso de amparo núm. 2192-2003. ECLI:ES:TC:2007:17

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/59>

84

- Tribunal constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 233/2007, de 5 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), recurso de amparo núm. 6219-2005. ECLI:ES:TC:2007:233

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/62>

00

- Tribunal constitucional (Pleno), Sentencia nº 59/2008, de 14 de mayo (BOE núm. 135, de 04 de junio de 2008), cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005. ECLI:ES:TC:2008:59

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/62>

91

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 74/2008, de 23 de junio (BOE núm. 178, de 24 de julio de 2008), recurso de amparo núm. 4975-2006. ECLI:ES:TC:2008:74

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/63>

06

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 92/2008, de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008), recurso de amparo núm. 6595-2006. ECLI:ES:TC:2008:92

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/63>

24

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Auto nº 188/2008, de 21 de julio (BOE núm. 200, de 19 de agosto de 2008), Recurso de amparo 1282-2008. ECLI:ES:TC:2008:188A

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/21771>

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 70/2009, de 23 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 2009), recurso de amparo núm. 2826-2004. ECLI:ES:TC:2009:70

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6489>

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 155/2009, de 25 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009), recurso de amparo núm. 7329-2008. ECLI:ES:TC:2009:155

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6574>

-Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia nº 26/2011, de 14 de marzo (BOE núm. 86, de 11 de abril de 2011), recurso de amparo núm. 9145-2009. ECLI:ES:TC:2011:26

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6808>

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 40/2011, de 31 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011), recurso de inconstitucionalidad núm. 5404-2005. ECLI:ES:TC:2011:40

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6822>

- Tribunal Constitucional (Sala Primera), Auto nº 28/2013, de 11 de febrero (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013), Recurso de amparo 5469-2012. ECLI:ES:TC:2013:28A

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23>
288

- Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia nº 140/2013, de 8 de julio (BOE núm. 183, de 01 de agosto de 2013), recurso de amparo núm. 2034-2011. ECLI:ES:TC:2013:140

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23>
530

- Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia nº 145/2015, de 25 de junio (BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015), recurso de amparo núm. 412-2012. ECLI:ES:TC:2015:145

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24>
527

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 16 octubre de 1998, recurso de casación núm. 354/1998, Roj: STS 5946/1998 - ECLI: ES:TS:1998:5946. Id Cendoj: 28079120011998102720.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3097528&links=&optimize=20031011&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 7 de junio de 1999, recurso de casación núm. 7/1999, Roj: STS 3988/1999 - ECLI: ES:TS:1999:3988. Id Cendoj: 28079150011999100173.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2952265&links=delito%20de%20desobediencia&optimize=20031203&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 15 de octubre de 2001, recurso de casación núm. 12/2001, Roj: STS 7895/2001 - ECLI: ES:TS:2001:7895. Id Cendoj: 28079150012001100224.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2952570&links=delito%20de%20desobediencia&optimize=20031203&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 20 de marzo de 2002, recurso de casación núm. 22/2001, Roj: STS 2004/2002 - ECLI: ES:TS:2002:2004. Id Cendoj: 28079150012002100201.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2952668&links=orden&optimize=20031203&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 5 de marzo de 2003, recurso de casación núm. 104/2002, Roj: STS 1516/2003 - ECLI: ES:TS:2003:1516. Id Cendoj: 28079150012003100400.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2952838&links=orden%20legitima&optimize=20031203&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 20 de junio de 2003, recurso núm. 88/2002, Roj: STS 4294/2003 - ECLI: ES:TS:2003:4294. Id Cendoj: 28079150012003100475.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3094440&links=delito%20de%20desobediencia&optimize=20031018&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 1 de diciembre de 2003, recurso de casación núm. 102/2002, Roj: STS 7633/2003 - ECLI: ES:TS:2003:7633. Id Cendoj: 28079150012003100292.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2747472&links=orden%20legitima&optimize=20040209&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 23 de enero de 2004, recurso de casación núm. 17/2003, Roj: STS 268/2004 - ECLI: ES:TS:2004:268. Id Cendoj: 28079150012004100015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2632570&links=delito%20de%20desobediencia&optimize=20040313&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 3 de febrero de 2004, recurso de casación núm. 61/2002, Roj: STS 590/2004 - ECLI: ES:TS:2004:590. Id Cendoj: 28079150012004100025.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2577434&links=&optimize=20040327&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 31 de marzo de 2004, recurso de casación núm. 52/2003, Roj: STS 2232/2004 - ECLI: ES:TS:2004:2232. Id Cendoj: 28079150012004100070.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2446460&links=%2252%2F2003%22&optimize=20040503&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 10 de octubre de 2005, recurso de casación núm. 46/2005, Roj: STS 6017/2005 - ECLI: ES:TS:2005:6017. Id Cendoj: 28079150012005100187.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1125615&links=delito%20de%20desobediencia&optimize=20051117&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia nº 626/2007 de 5 de julio, recurso de casación núm. 1277/2006, Roj: STS 4940/2007 - ECLI: ES:TS:2007:4940. Id Cendoj: 28079120012007100615.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=336642&links=%221277%2F2006%22&optimize=20071010&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia nº 279/2010 de 22 de marzo, recurso de casación núm. 1427/2009, Roj: STS 1502/2010 - ECLI: ES:TS:2010:1502. Id Cendoj: 28079120012010100220.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5554440&links=%221427%2F2009%22&optimize=20100422&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 18 de Noviembre de 2011, recurso de casación núm. 45/2011, Roj: STS 8870/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8870. Id Cendoj: 28079150012011100174.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6233368&links=orden%20%2245%2F2011%22&optimize=20120117&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 17 de Diciembre de 2012, recurso de casación núm. 30/2012, Roj: STS 8474/2012 - ECLI: ES:TS:2012:8474. Id Cendoj: 28079150012012100162.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6599762&links=%2230%2F2012%22&optimize=20130112&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 16 de Julio de 2013, recurso de casación núm. 20/2013, Roj: STS 4305/2013 - ECLI: ES:TS:2013:4305. Id Cendoj: 28079150012013100093.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6822594&links=%2220%2F2013%22&optimize=20130820&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Militar, Sentencia de 4 de Marzo de 2014, recurso de casación núm. 54/2013, Roj: STS 1687/2014 - ECLI: ES:TS:2014:1687. Id Cendoj: 28079150012014100042.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7040903&links=%2254%2F2013%22&optimize=20140512&publicinterface=true>

- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 15 de Octubre de 2014, recurso de casación núm. 3040/2013, Roj: STS 4568/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4568. Id Cendoj: 28079130072014100360.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7212508&links=%223040%2F2013%22&optimize=20141124&publicinterface=true>

Sentencias destacadas de la Audiencia Nacional:

-Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 16 de julio de 2008, recurso contencioso administrativo núm. 352/2007, Roj: SAN 2707/2008 - ECLI: ES:AN:2008:2707. Id Cendoj: 28079230052008100396.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=86620&links=%22352%2F2007%22&optimize=20080730&publicinterface=true>

- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2009, recurso contencioso administrativo núm. 412/2008, Roj: SAN 4880/2009 - ECLI: ES:AN:2009:4880. Id Cendoj: 28079230052009100650.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4971349&links=informes%20de%20evaluaci%C3%B3n%20%22412%2F2008%22&optimize=20091126&publicinterface=true>

- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 16 de marzo de 2011, recurso contencioso administrativo núm. 782/2009, Roj: SAN 1345/2011 - ECLI: ES:AN:2011:1345. Id Cendoj: 28079230052011100253.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=5908676&links=informes%20de%20evaluaci%C3%B3n%20%22782%2F2009%22&optimize=20110407&publicinterface=true>

- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 9 de enero de 2013, recurso contencioso administrativo núm. 548/2010, Roj: SAN 69/2013 - ECLI: ES:AN:2013:69. Id Cendoj: 28079230052013100020.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6613503&links=informes%20de%20evaluaci%C3%B3n%20%22548%2F2010%22&optimize=20130129&publicinterface=true>

- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 17 de abril de 2013, recurso de apelación núm. 217/2012, Roj: SAN 1880/2013 - ECLI: ES:AN:2013:1880. Id Cendoj: 28079230042013100157.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6718446&links=%2217%2F2012%22&optimize=20130527&publicinterface=true>

- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 12 de febrero de 2014, recurso contencioso administrativo núm. 414/2011, Roj: SAN 578/2014 - ECLI: ES:AN:2014:578. Id Cendoj: 28079230052014100075.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6975578&links=%22414%2F2011%22&optimize=20140228&publicinterface=true>

- Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 28 de abril de 2014, recurso de apelación núm. 18/2014, Roj: SAN 1984/2014 - ECLI: ES:AN:2014:1984. Id Cendoj: 28079230072014100195.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7046245&links=%2218%2F2014%22&optimize=20140519&publicinterface=true>

Sentencias destacadas de Tribunales Superiores de Justicia:

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 19 de mayo de 2006, recurso contencioso administrativo núm. 2615/2003, Roj: STSJ AND 943/2006 - ECLI: ES:TSJ AND:2006:943. Id Cendoj: 41091330022006100452.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=754582&links=%222615%2F2003%22&optimize=20060824&publicinterface=true>

Otras Sentencias destacadas:

- Sentencia del Tribunal Militar Central 20/1997, de 12 de marzo de 1997, dictada en el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario núm. 109/1995. Esta sentencia, que hemos citado a modo de ejemplo, no se encuentra en ningún buscador de jurisprudencia comercial, en CENDOJ, se empiezan a introducir Sentencias de este Tribunal a partir del año 2004, lo que denota la falta de publicidad y transparencia de estas Sentencias militares que hemos resaltado en este trabajo.