

LA MUJER Y LAS FUERZAS ARMADAS UN ESTUDIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Francisco Fernández Segado
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela.

Introducción

La incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas es una realidad que ha venido a fracturar un modelo de organización social tradicional que asignaba al hombre el *rol* de guerrero y a la mujer el de madre. Habría que recordar a este respecto que tres fueron las funciones básicas atribuidas a la mujer en la sociedad tradicional, las tres famosas «k» del kaiser Guillermo II: *kinder*, *kirche* y *küche* (niños, iglesia y cocina).

Esta realidad social histórica no se ha visto alterada durante largo tiempo sino por circunstancias concretas y más bien esporádicas que han hecho posible, cuando no ineludible, la entrada en combate de la mujer. Como recuerda la general de la Fuerza Aérea norteamericana Mary A. Marsh (1), en referencia específica a su país, aunque extrapolable a otros muchos países la historia de América se encuentra repleta de ejemplos de mujeres que respondieron a la llamada de defender a su nación. Con todo, estos casos constituyen ejemplos aislados que no cuestionan el reparto de *roles* anteriormente mencionado.

Hoy, cuando gran número de países, y desde luego casi todos los más avanzados admiten a la mujer en sus Fuerzas Armadas, incluso en unidades de combate se puede certificar la quiebra del reparto tradicional de *roles*, que en muchos casos se ha producido no sin una opinión relativamente hostil, tanto desde sectores del colectivo castrense al que las mujeres se incorporan, como desde la opinión pública en general aunque adelantémoslo ya, éste no haya sido exactamente el supuesto de España.

En todo caso, y desde una perspectiva jurídica, es obvio que en una sociedad regida por un ordenamiento jurídico en el que uno de sus valores materiales vertebradores es el principio de igualdad no cabe en el punto que nos ocupa sino postular con carácter general la plena vigencia del referido principio tanto en el acceso a la función pública militar como en el cumplimiento allí donde exista, del servicio militar obligatorio, cuestiones ambas que vamos a intentar abordar desde una opción básica aunque no exclusivamente jurídica.

(1) MARSH, M. A.: «The Armed Forces in a changing society, history, roles and problems concerning women in the Armed Forces», en *Revue du Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, tomo XXV, p. 112. Bruselas, 1986.

La situación de la mujer en relación con las Fuerzas Armadas en el régimen jurídico preconstitucional

Si nos retrotraemos, en una rápida visión histórica, a la Constitución de la Segunda República, podremos constatar que en su artículo 37 disponía:

«El Estado podrá exigir de todo ciudadano su prestación personal para servicios civiles a militares, con arreglo a las leyes.»

Aunque ello presuponía potencialmente al menos, la posibilidad de que el legislador exigiera de la mujer la prestación del servicio de armas, lo cierto es que ni la Ley de Bases de 26 de agosto de 1933, por la que se habilitaba al ministro de Marina para la aprobación de un nuevo texto articulado de la Ley de Bases de 3 de marzo de 1915, sobre reclutamiento y reemplazo de la marinería de la Armada, ni la Ley de Reclutamiento de la Armada de 14 de diciembre de 1933, harían referencia alguna a la mujer, circunstancia que se puede predicar de otras normas análogas.

Idéntico silencio se guardaría en relación con el acceso de la mujer a la función militar. En efecto, aunque el artículo 40 de la Constitución de 1931 declaraba a todos los españoles, sin distinción de sexo admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, a salvo las incompatibilidades señaladas por las leyes, lo cierto es que entre esos empleos no se hallarían los propiamente castrenses.

El régimen autoritario del franquismo no cambiará esta situación. La Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército, de 8 de agosto de 1940, ignoraba a la mujer y otro tanto se puede decir de las Leyes de 24 de febrero de 1941, 15 de junio de 1942, 22 de julio de 1942 y 17 de noviembre de 1942, de reforma todas ellas de la ya citada Ley de Reclutamiento de la Armada de 1933, y de la Ley sobre Servicio Militar de los españoles residentes en el extranjero de 26 de diciembre de 1958.

Ciertamente, el artículo 72 del Fuero de los Españoles de 1945, con la altisonancia propia del sistema franquista, proclamaba «título de honor» para los españoles, genéricamente, «el servir a la Patria con las armas», bien que de inmediato disponía:

«Todos los españoles están obligados a prestar este servicio cuando sean llamados con arreglo a la ley.»

Y la Ley 55/1968 de 27 de julio, General del Servicio Militar, en su misma norma de apertura, disponía que:

«El servicio militar es un honor y un deber inexcusable que alcanza a todos los españoles varones que reúnan condiciones de edad y aptitud psicofísicas.»

A esta proscripción de la prestación por la mujer del servicio militar no obstaría en lo más mínimo el hecho de que el artículo 22 de la Ley 50/1969 de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional (2), previera con carácter general la posible movilización para cualquier

(2) La Disposición Derogatoria única de la Ley 17/1999 de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en su punto segundo, dispone que la Ley 50/1969 continúe en vigor (aún lo estaba obviamente) con carácter reglamentario, en lo que no se oponga a lo previsto por la propia ley, bien que las disposiciones reglamentarias que regulen la aportación de recursos humanos y materiales a las Fuerzas Armadas la hayan de derogar de forma expresa.

servicio militar o civil de las personas físicas españolas y nacionalizadas, según sexo, edad y circunstancias personales. Ellos potencialmente al menos, posibilitaba que la mujer fuese movilizada, circunstancia que era corroborada por la propia ley al prever en su disposición final segunda que la movilización femenina, en los casos que procediera a tenor de lo establecido por la propia ley, se regulara por normas especiales.

En lo que se refiere al acceso a la función pública militar, expresada esta idea con una concepción actual, en un plano principal abstractos que no desde luego normativos, el artículo 11 del Fuero de los Españoles proclamaba que todos los españoles podían desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad. Pese a esta proclamación, habría que esperar nada menos que 11 años hasta que la mujer quedase legalmente habilitada para el acceso a funciones públicas.

La Ley 56/1961 de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, aún reconociendo en su artículo 3.1 que la mujer, en las mismas condiciones que el hombre:

«Puede participar en oposiciones, concursos-oposiciones y cualesquiera otros sistemas para la provisión de plazas de cualesquiera Administraciones públicas.»

Exceptuaba de tal regla, 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 mismos. También quedaba exceptuado el ingreso en los Institutos Armados y Cuerpos, Servicios o carreras que implicaran normalmente la utilización de armas para el desempeño de sus funciones.

La Ley 56/1961, como bien se ha señalado (3), pone de manifiesto, en mayor medida que en otros aspectos, el carácter de «compartimento estanco del mundo militar» y de su manifestación más gráfica, su derecho, respecto al imparable avance de la igualdad de la mujer a nivel social y profesional.

Conviene finalmente recordar, como una suerte de relativa salvedad a la no incorporación a las Fuerzas Armadas de la mujer, que recién finalizada la guerra civil una Orden Ministerial de 31 de octubre de 1941 creó el servicio de Damas Auxiliares de Sanidad Militar, con la finalidad de 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.

En el proceso de transición hacia la democracia, y tras el nombramiento del teniente general Gutiérrez Mellado como vicepresidente para asuntos de Defensa, se activará el proceso de reforma militar, a cuyo efecto se creará el día 5 de noviembre de 1977 una Comisión Interejércitos (4) cuyo fruto esencial será la elaboración del texto que constituirá el punto de partida de la Ley 85/1978, de *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*.

(3) ARROYO YANES, L. M.: «Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo» en *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, números 59-60, pp. 115 y siguientes; en concreto, p. 1.179, nota 4. Enero-diciembre, 1992.

(4) Compárese al respecto, GÁRATE CÓRDOBA, J. M.: «Antecedentes de las actuales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, número 647, pp. 49 y siguientes. Diciembre, 1993.

Las reformas militares dejaron «aparcada» la problemática que nos ocupa, entre otras razones, porque su finalidad primigenia se orientó a encajar armónicamente a las Fuerzas Armadas en el nuevo orden jurídico democrático que se trataba de perfilar. No ha de extrañar por ello que ni siquiera tras la aprobación de la Constitución se procediera a la elaboración de una nueva Ley del Servicio Militar. De esta forma la Ley 55/1968 y su Reglamento de 6 de noviembre de 1969 continuaron vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar, a la que nos referiremos con posterioridad.

Visión general del rol de la mujer en las Fuerzas Armadas de los países de la OTAN

A lo largo de la historia la mujer se ha ido incorporando a los Ejércitos en situaciones bélicas en las que se hacía especialmente necesaria la aportación de todos los recursos humanos disponibles en orden a posibilitar la Defensa Nacional.

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 Gran Guerra no podía por menos que incidir sobre esta situación. En 1940, con Francia ocupada por los Ejércitos del Reich se creaba en el vecino país el Servicio Nacional de Auxiliares Femeninos transformado en 1941 en el Cuerpo de Voluntarias Francesas. En 1942, en Noruega, se adoptaba una decisión histórica, como bien se ha puesto de relieve (5), al decretar el servicio militar obligatorio para las mujeres. Ello era tributario, como es obvio, de la situación de emergencia que, provenía de la ocupación alemana manteniéndose esta norma tan sólo hasta el año 1945.

Al término de la segunda conflagración mundial, una serie de circunstancias (entre ellas, la progresiva emancipación de la mujer, la vigencia real del principio de igualdad sin discriminación por razón de sexo, el auge de los movimientos feministas, etc.), irían creando un clima favorable a la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, bien que, admitida tal incorporación, se planteen una serie de problemas nuevo entre los que cabe citar:

- a) La dualidad entre la existencia de Cuerpos específicamente femeninos o, por contra, la conveniencia de que la mujer, lisa y llanamente, se incorpore a los Cuerpos ya existentes.
- b) La cuestión de si la incorporación femenina a los Ejércitos debe hallarse sometida a los denominados «cupos de ingreso», esto es, a unos predeterminados porcentajes máximos respecto del total de militares o debe optarse por la inexistencia de estos cupos.
- c) El problema de si la mujer debe realizar o no el servicio militar y, caso de una respuesta positiva, la opción entre la obligatoriedad o voluntariedad de su prestación.
- d) Finalmente, la todavía hoy arduamente controvertida cuestión de si la mujer puede o no integrarse en unidades de combate, entendiéndose por tales, por lo menos en el Ejér-

(5) OLLERO-CAPRANI, A.: «La mujer en los escalones de mando», en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, número 667, pp. 59 y siguientes; en concreto p. 59. Noviembre, 1995.

cito de Tierra, aquellas unidades que apuntan sus armas hacia el enemigo por medio de la línea de mira (6).

Aunque, como señala la doctrina (7), la OTAN como estructura no ha sido nunca ajena a la nueva realidad que significa la conquista de la igualdad jurídica de la mujer, del cambio en su percepción respecto a su participación más igualitaria en el marco de la defensa y la seguridad, y de su mayor profesionalización, pues desde su creación en 1948 ha incorporado en su estructura organizativa a las mujeres en tareas tanto civiles como militares, es lo cierto que en los últimos lustros, tanto a nivel de la estructura atlántica como de los mismos países que la integran, es claro que la situación de la mujer ha cambiado de modo sustancial.

En lo que se refiere a la prestación del servicio militar, cabe señalar que en los países que aún siguen 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 ya de los países de la OTAN, los casos más relevantes de imposición o la mujer del servicio militar obligatorio son los de China e Israel.

La particularidad más relevante, de nuevo en el marco de los Estados integrantes de la OTAN, la hallamos en Alemania. El artículo 12 a de la Ley Fundamental de Bonn, añadido en la reforma constitucional de 24 de junio de 1968, dispone en el primero de sus apartados que:

«Los varones podrán ser obligados, a partir de los 18 años de edad, a prestar el servicio en las Fuerzas Armadas, en la Policía Federal de Fronteras a en alguna unidad de defensa civil.»

Este impedimento constitucional de la realización del servicio de armas a las mujeres se ha traducido en la República Federal en que sólo se ha permitido a la mujer en el Cuerpo de Sanidad Militar, pues la Convención de Ginebra de 1925 establece que los oficiales médicos sólo pueden utilizar armas cortas para la defensa de sus pacientes o la suya propia. Más tarde, se ha posibilitado el ingreso de la mujer en el Cuerpo de Músicas Militares.

Otro caso peculiar es el de Italia, que no admite a la mujer, en sus Fuerzas Armadas, aunque, a diferencia de Alemania, no por impedimento constitucional. El artículo 52 de la Constitución italiana establece de modo genérico que:

«La defensa de la Patria es un deber sagrado del ciudadano», para, de inmediato, disponer que: «El servicio militar será obligatorio, dentro de los límites y con las modalidades que se establezcan en la ley.»

La *Corte Costituzionale* italiana tuvo oportunidad de pronunciarse en relación con el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, al declarar en su sentencia número 33, de 18

(6) Concepto que se maneja en el Ejército de Tierra norteamericano. Compárese al efecto, «Las mujeres en el combate» (traducción del artículo de la revista *U. S. News*, volumen LXXXVIII, número 8/80), en *Boletín de Información* del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), número 136-1, p. 5. Mayo, 1980.

(7) MÉNDEZ DE VALDIVIA, M.: «Nuevos profesionales para la seguridad de la Alianza Atlántica», en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, número 5.849, pp. 38 y siguientes; en concreto, p. 39. Septiembre, 1988.

de mayo de 1960, la inconstitucionalidad de una norma (el artículo 7) de la Ley número 1.176 de 17 de julio de 1919, de acuerdo con la cual, la mujer quedaba excluida de todos los oficios públicos que implicaran el ejercicio de derechos y potestades políticas, o que afectaran a la defensa del Estado. Para la Corte italiana, la diversidad de sexos no podía constituir *per se* una razón de discriminación legislativa.

Como consecuencia del referido fallo de la Corte se aprobó la Ley número 66, de 9 de febrero de 1963, que derogó el resto del articulado la citada Ley de 1919, como también una norma reglamentaria de 1920 que prohibía el acceso de la mujer a ciertas funciones públicas, entre ellas la defensa del Estado. El artículo 1.2 de la ley de 1963 remitió la regulación de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas a las leyes especiales en la materia, normas éstas aún pendientes de dictar.

Con posterioridad, el Consejo de Estado italiano, en su decisión número 526, de 28 de julio de 1982, se pronunció sobre esta controvertida cuestión, abriendo una amplia polémica doctrinal (8). Partiendo de la premisa de que no cabe confundir el principio de igualdad con la identidad en el régimen jurídico, pues deben admitirse aquellas diferencias que tengan una fundamentación razonable, el Consejo de Estado italiano llegaba a la conclusión de que la desigualdad de la mujer en el ámbito de las Fuerzas Armadas resultaba razonable.

En otro país, Estados Unidos, se creó una fuerza auxiliar femenina en la Armada durante la Primera Guerra Mundial. En el año 1940 se constituyó el Cuerpo Femenino Auxiliar del Ejército con las mismas oportunidades de ascensos, salarios y beneficios que los varones. La larga polémica en torno al servicio militar obligatorio se saldó con su supresión en 1972. En ese año había 45.000 mujeres prestando servicio, la que equivalía al 16% de los efectivos totales de las Fuerzas Armadas.

A partir del año 1972 se produjo un espectacular incremento de la presencia de la mujer en las Fuerzas Armadas norteamericanas. Por ejemplo, en la Armada se pasó de 9.000 mujeres en 1972 a 54.000 en 1987, crecimiento que, a juicio de la doctrina (9), tuvo varias motivaciones sociopolíticas, entre ellas, el aumento de la participación de las mujeres en el trabajo motivado por la redefinición de las tareas femeninas.

Hoy, Estados Unidos es, de largo, quien se sitúa en cabeza de los países de la OTAN en cuanto a número de mujeres en sus Ejércitos. En el año 1995, el 12,1% del total de tropa y marinería eran mujeres, y el 12,9% de la oficialidad también eran del sexo femenino. Por lo demás, la política oficial, como bien se ha dicho (10), es la de conseguir una creciente integración, línea que se ha visto reforzada tras la guerra del Golfo, en la que fueron desplegadas más de 40.000 mujeres, equivalentes al 6,8% de la fuerza.

(8) Compárese al efecto BLANQUER, D.: *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, en particular pp. 155-158. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

(9) THOMAS, P. J.: *Integración de la mujer en la Armada de los Estados Unidos de América*, en FERNÁNDEZ VARGAS, V. y otros (coordinadores): *La mujer en las Fuerzas Armadas en España*, pp. 31 y siguientes, en concreto; pp. 31-32. Ministerio de Defensa. Madrid, 1991.

(10) PRATS, R.: «La mujer en los escalones de tropa», en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, número 667, pp. 64 y siguientes; en concreto, p. 66. Noviembre, 1995.

Como consecuencia de la experiencia proporcionada por el citado conflicto bélico, el secretario de Defensa norteamericano estableció una nueva política de asignación de destinos a la mujer, política que iba a venir regida por los siguientes principios:

- a) Acceso de la mujer a cualquier tipo de aeronave, incluidas las que puedan verse involucradas en misiones de combate.
- b) Acceso del personal femenino a tantos buques de la Armada como sea posible, con el compromiso de proceder al estudio para derogar las restricciones existentes para el acceso de la mujer a ciertos barcos implicados en misiones de combate.
- c) Ampliación por parte de la Infantería de Marina del número de destinos accesibles a la mujer, incluyendo entre ellos las especialidades de Artillería de Campaña y Antiaérea.
- d) Finalmente, mantenimiento de las restricciones para el acceso de la mujer a las unidades terrestres de combate directo y a aquellos destinos donde los requerimientos físicos sean muy elevados.

Gran Bretaña, como antes tuvimos oportunidad de destacar, es uno de los países en que más tempranamente adquirió carta de naturaleza la presencia de la mujer en los Ejércitos. Ya en el año 1945 contaba con 437.200 mujeres encuadradas en Cuerpos específicos, con código disciplinario propio y a las que no se les permitía participar en puestos de combate.

Cuando en 1975 se promulgó la Ley de no Discriminación, las Fuerzas Armadas quedaron al margen de su ámbito normativo.

Dos son los Cuerpos específicos para las mujeres (oficiales y clases). Es evidente que esta estructura no conduce a una plena integración de la mujer en los Ejércitos, pues supone, de hecho, el establecimiento de una situación específica, bien diferenciada de la del resto de los profesionales de las Fuerzas Armadas de su país. Como se reconoce expresamente (11), en Inglaterra la legislación sobre igualdad no se aplica a las Fuerzas Armadas; la posición inglesa, se dice, es más evolutiva que revolucionaria.

Por lo demás, y en términos cuantitativos, 10 años atrás las mujeres representaban el 5,1% del total de la fuerza.

En Francia, conviene recordar que ya en la Primera Gran Guerra 30.000 mujeres se alistaron como enfermeras en los Cuerpos de Sanidad. Si nos retrotraemos al pasado inmediato, fue la Ley número 71-424, de 10 de junio de 1971, por la que se aprueba el Código del Servicio Nacional, la que, a título experimental, estableció un servicio nacional femenino basado en el voluntariado, que ha sido juzgado muy positivamente (12).

En el año 1972, la Ley sobre el Estatuto General de los Militares reguló el estatuto particular de los Cuerpos femeninos, cuya filosofía se asentaba en el principio de igualdad de derechos y obligaciones. Una nueva norma del año 1977 abolió los Cuerpos femeninos, y

(11) RAMSEY, G. K. coronela: *Problemática suscitada por la presencia de la mujer en puestos de mando y combate en Gran Bretaña*, en FERNÁNDEZ VARGAS, V. y otros (coordinadores): *La mujer en las Fuerzas Armadas en España, opus citada*, pp. 21 y siguientes; en concreto, p. 23.

(12) MERIC, M.-CH.: «La mujer en las Fuerzas Armadas. Francia: el servicio nacional femenino», en *Armées*, número 49. Abril, 1980. Publicada su traducción, que es el texto que manejamos, en el *Boletín de Información* del CESEDEN, número 136-1, en especial, p. 2.

en 1980 se establecieron una serie de medidas transitorias cuyo objetivo último era la plena vigencia del principio de igualdad.

En el año 1993, las mujeres representaban un 4% de los efectivos militares totales, rigiendo formalmente el principio de igualdad, si bien matizado, de un lado, por la existencia de cuotas: las mujeres en ningún caso pueden superar, respecto del total de efectivos, la cuota del 3,5% para las Armas combatientes y del 7% para el resto, y de otro lado, por el imposible acceso de la mujer a las unidades de combate del Ejército de Tierra, a las unidades submarinas y de operaciones especiales de la Armada, como tampoco a los puestos de piloto de las aeronaves de la Armada, y por último, en el Ejército del Aire, les está asimismo vedado el acceso a los puestos de piloto, a las unidades de operaciones especiales y a las unidades de defensa de bases aéreas.

En los Países Bajos, durante la Segunda Guerra Mundial, las mujeres pudieron incorporarse a filas como voluntarias. Sin embargo, el rasgo que destaca la doctrina (13) como más relevante de nuestro tiempo es, sin duda, el de que este país fue el pionero en la equiparación militar del hombre y la mujer. Desde la Segunda Guerra Mundial hasta el año 1979 la mujer podía acceder al grado de suboficial. En el año 1979, las mujeres se integraron en un Cuerpo único, posibilitándose a lo largo de la década de los años ochenta tanto la incorporación de la mujer a las academias militares como a las unidades de combate. La realidad es que aunque las oportunidades para varones y mujeres son idénticas en los tres Ejércitos, pocas mujeres pueden superar las pruebas físicas para destinos en Infantería o Caballería. En el año 1984 el porcentaje femenino del total de la fuerza era del 2,9%.

De cierto interés es asimismo el modelo en Noruega. En el año 1957 fue abolido el servicio militar femenino en tiempo de paz, que había sido obligatorio entre 1942 y 1945, esto es, bajo la ocupación nazi del país, bien que se mantendría un entrenamiento voluntario. En 1977 se establecía un sistema de cuotas para el acceso de la mujer a puestos no combatientes. La interdicción de la discriminación por razón de sexo se iba a proyectar al ámbito castrense a partir de 1979. De esta forma, en 1983 se admitían mujeres voluntarias en pie de igualdad con los hombres. Un año más tarde el Parlamento noruego se decantaba en favor de la incorporación de la mujer a los puestos de combate, y en el año 1985 se aprobaba la total igualdad entre sexos, aboliéndose cualquier tipo de trato discriminatorio de la mujer en el seno de los Ejércitos noruegos. Digamos finalmente que la presencia de la mujer, pese a la plena igualdad con el varón, no es cuantitativamente importante, oscilando entre el 1 y el 2% sobre los efectivos totales.

En resumen, los nuevos principios constitucionales que han vertebrado a los Estados democráticos tras la Segunda Gran Guerra, como también el cambio de valores sociales de los nuevos modelos de sociedad, han propiciado la reivindicación femenina del principio de igualdad de trato, también en el ámbito castrense. Si a todo ello se une la rapidísima evolución tecnológica de los Ejércitos producida desde mediados de siglo, se puede comprender que, paulatinamente, haya progresado la integración de la mujer en todas las profesiones y, desde luego, también en la castrense, en donde en nuestros días creemos advertir un avance imparable por doquier hacia su plena y perfecta integración en todos

(13) GALLO ROSALES, M.^a I. y SÁNCHEZ LÓPEZ, M.^a A.: «La mujer española a instrucción», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, número 513, pp. 769 y siguientes; en concreto, p. 771. Septiembre, 1983.

los Cuerpos y Unidades, también las combatientes, aunque, como se ha expuesto, sean todavía pocos los países de nuestro entorno en que tal proceso ha culminado en plenitud.

La radicalmente nueva situación de la mujer frente a los Ejércitos tras la entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978

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, que, como ya vimos, reserva a los varones la prestación del servicio de armas, y siguiendo la línea del modelo constitucional italiano, que, como también expusimos, 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, en principio, 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 nuestra *Lex superior* (14).

A la interpretación precedente no obsta en lo más mínimo la naturaleza de esta participación en la defensa de España, que mientras para unos (15) es esencialmente un deber, para otros (16) es también un derecho público subjetivo, tesis esta última que compartimos por cuanto no es ocioso que la Constitución se refiera al unísono a un derecho y a un deber.

En nuestro tiempo, la defensa nacional se concibe ampliamente, integrando en ella a todos los elementos del Estado y, por lo mismo, en primer término, a todos los nacionales con independencia de cual sea su sexo. De ahí que la participación en la defensa se conciba como un derecho de todos los españoles. Y en perfecta sintonía con esta visión, el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de primero de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, define la Defensa Nacional como:

«La disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión.»

Pero también la participación en la defensa es un deber de carácter genérico, deber que no puede confundirse con una obligación (17) por cuanto ésta supone la concreción de un

(14) En el mismo sentido se pronunciaría SÁNCHEZ AGESTA, L.: «La Constitución y las Fuerzas Armadas» (I Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad), p. 155, CESEDEN-Universidad Complutense. Madrid, 1982.

(15) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: «Defensa de España». (Comentario al artículo 30 de la Constitución), en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo III, pp. 383 y siguientes; en concreto, p. 389, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1996.

(16) SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentario al artículo 30 de la Constitución*, en GARRIDO FALLA, F. (director): *Comentarios a la Constitución*, segunda edición, pp. 600 y siguientes; en concreto, p. 602. Editorial Civitas. Madrid, 1985.

(17) Compárese al efecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, volumen II, pp. 75 y siguientes. Editorial Civitas. Madrid, 1978.

deber a la que se corresponde un derecho subjetivo, a lo que no obsta que el artículo 30.2 de la Constitución española se refiera a las obligaciones militares de los españoles, que habrán de ser ya fijadas por la ley, obligaciones legalmente preestablecidas a cuyo través se concretará ese deber genérico de participación en la defensa. Precisamente, por ese carácter genérico del deber de participación en la defensa, es perfectamente posible, como a la postre ha venido a establecer la llamada Ley de la Profesionalización, esto es, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (18), que el legislador no concrete en una obligación específica de prestación del servicio de armas tal deber genérico (19).

En definitiva, a la vista de las previsiones de nuestra Norma Suprema bien cabe sostener la absoluta vocación de universalidad con que la misma establece el deber de defensa (20), siendo de la competencia del legislador la fijación precisa de las obligaciones militares o, en su caso (tratándose de objetores de conciencia), sociales de los españoles.

En coherencia con todo ello, y sin entrar ahora de lleno en la problemática jurídica planteada por la legislación que sucesivamente ha contemplado entre nosotros las obligaciones militares de los españoles, sí parece necesario avanzar que la limitación a los varones de las obligaciones militares plantea serias dificultades de congruencia constitucional, generando este régimen una discriminación injustificada en perjuicio de los varones.

Es por lo mismo por lo que algunos sectores de la doctrina (21), creemos que con buen criterio, plantearon en su momento la conveniencia de establecer un servicio civil como alternativa al servicio militar, sobre la base de que la prestación del servicio de armas no es la única modalidad que admite el genérico deber constitucional de defensa, servicio civil que podrían prestar las mujeres, lo que, desde luego, no creemos que hubiera vulnerado el principio de igualdad, si tenemos presente que éste, en alguna medida, se puede equiparar con una exigencia de razonabilidad de la diferenciación. Con todo, y aun remitiendo el tratamiento más amplio de esta problemática a un momento ulterior, es obvio que la misma va a pasar muy en breve a tener un carácter puramente teórico ante la ya inminente supresión del servicio militar obligatorio.

En lo que se refiere al acceso a la función pública militar, creemos que se puede llegar a unas conclusiones aún más rotundas que en el aspecto inmediatamente precedente.

(18) Compárese al respecto, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El nuevo régimen jurídico de los militares profesionales: la Ley 17/1999, de 18 de mayo», de próxima publicación en el número 73 de la *REDEM*.

(19) Contraria es la interpretación que en su momento sostuvo Serrano Alberca, para quien la reserva reforzada que la Constitución contiene en esta materia impide a la ley suprimir el servicio militar obligatorio. SERRANO-ALBERCA, J. M.: *Comentario al artículo 30 de la Constitución, opus citada*, pp. 606-607.

(20) Creemos más preciso hablar de «universalidad del deber de defensa» que de «universalidad del servicio militar», como, por ejemplo, hacen MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. E. y MORENO MOLINA, Á. M.: «Principio constitucional de igualdad y no prestación del servicio militar», en el colectivo «El principio de igualdad en la Constitución española» (XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), volumen I, pp. 633 y siguientes; en concreto, p. 637, Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

(21) LUCAS, J. DE: «La Ley de servicio civil: las opciones posibles y su fundamento constitucional», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 1.696, pp. 136 y siguientes; en concreto, pp. 371-374. 25 de enero de 1994. Asimismo, ESCRIBANO TESTAUT, P.: «El deber de prestación del servicio militar y el principio de no discriminación por razón de sexo», en *REDEM*, número 68, p. 95 y siguientes; en concreto, pp. 118-121. Julio-diciembre, 1996.

El artículo 23.2 de nuestra Norma Suprema 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. Es decir, del artículo 23.2 de la Constitución española no nace derecho alguno al desempeño de funciones determinadas, como el Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar (22).

Ahora bien, el derecho que examinamos es un derecho fundamental, lo que significa que el legislador, al regularlo, no carece de límites, 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 «intérprete supremo de la Constitución» tuvo oportunidad de reconocer (23).

El artículo 103.3 de nuestra *Lex superior* arroja aún más evidencia sobre la cuestión. A su tenor, la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. La relación recíproca entre esta norma constitucional y la anteriormente citada, y la inexcusable interpretación sistemática de la Constitución, conducen a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles (24).

Dicho lo que antecede quizá no sea del todo inoportuno significar con Rubio Llorente (25) que el principio de igualdad no impide en modo alguno anudar a situaciones distintas diferentes consecuencias jurídicas; ni siquiera estorba el que la norma considere parte de la situación rasgos o determinaciones personales. Ello podría ser tenido en cuenta a la hora de resolver jurídicamente problemas tales como los que pueden derivarse de la aplicación del principio de igualdad al acceso de la mujer profesional militar a determinados destinos, como, por ejemplo, las unidades de combate, en idénticas condiciones que el militar varón, pero, desde luego, es obvio que ello no incide en lo más mínimo en el núcleo central del problema expuesto.

Aunque sea de todo punto innecesario buscar otro tipo de argumentos en orden a la fundamentación de la posición expuesta, no es irrelevante recordar que España ratificó el 16 de diciembre de 1983 la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención que había entrado en vigor el 3 de septiembre de 1981.

(22) STC 50/1986, de 23 de abril, fundamento jurídico cuarto.

(23) STC 216/1991, de 14 de noviembre, fundamento jurídico cuarto.

(24) STC 50/1986, de 23 de abril, fundamento jurídico cuarto.

(25) RUBIO LLORENTE, F.: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 31, pp. 9 y siguientes; en concreto, p. 15. Enero-abril, 1991.

De conformidad con el artículo 2 de la Convención, los Estados-Partes convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer. Y en el artículo 7 b) de modo específico, los Estados-Partes se comprometen a adoptar las medidas apropiadas en orden a garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, entre otros, el derecho a ejercer todas las funciones públicas, y obviamente dentro de éstas se encuentra la función militar.

Las reticencias al cambio: la omisión del obligado desarrollo constitucional en orden al acceso de la mujer a la función pública militar (1978-1988)

Las previsiones constitucionales, como acabamos de ver, convertían en perentoria la necesidad de buscar fórmulas legales de integración de la mujer en las Fuerzas Armadas, a través de su acceso a la función pública militar.

Varias posibilidades parecían ofrecerse, potencialmente al menos, en orden a tal integración, si bien algunas de ellas podían suscitar serias dudas en orden a su compatibilidad con el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Eran tales posibilidades las siguientes:

- a) La integración de la mujer en los Cuerpos castrenses preexistentes en condiciones de absoluta igualdad con los varones.
- b) La creación de un nuevo Cuerpo militar específicamente femenino.
- c) La incorporación de la mujer tan sólo a aquellos Cuerpos en que se estimara que podía desarrollar sus actividades con menor esfuerzo físico, lo que, obviamente, las apartaba de los Cuerpos combatientes.

Los primeros estudios en orden a la posibilidad de integrar a la mujer en los Ejércitos se iban a iniciar a fines del año 1979, mediante la remisión por el Estado Mayor del Ejército de Tierra al ministro de Defensa de una cuenta elaborada por la División de Coordinación y Planes en la que se proponía la creación de un Cuerpo Militar Femenino, fórmula que se ofrecía asimismo como posible alternativa en orden a paliar los problemas que ya se preveían como consecuencia de la reducción de los contingentes de reemplazo de los años subsiguientes.

Es casi innecesario señalar que la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, no iba a entrar en el tema. Aunque aprobada antes de la entrada en vigor de la Constitución, fue publicada con posterioridad a dicha fecha. Ella la sitúa en una posición de cierta ambigüedad que también se trasluce en alguna medida en su contenido, como la doctrina se ha encargado de destacar (26).

En cualquier caso, el artículo 4 de las *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas* comienza señalando que: «la Defensa Nacional es deber de todos los españoles». Y el artículo 23 prescribe que: «los españoles tienen el derecho y el deber de defender España y prestarán el servicio militar en las condiciones que señalen las leyes». Por último, y bien

(26) Compárese entre otros, LÓPEZ RAMÓN, R.: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, pp 320-321, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1987. Asimismo, ESCRIBANO TESTAUT, P.: «El deber de prestación del servicio militar y el principio de no discriminación por razón de sexo», número 68, pp. 95 y siguientes, en concreto, p. 101, en *REDEM*. Julio-diciembre, 1996.

significativamente, el artículo 185, norma que se ubica en el Título relativo a los deberes y derechos del militar, dispone que: «En las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de (entre otras circunstancias que se enumeran) sexo», previsión esta última que sólo podía cobrar sentido en cuanto que la mujer se integrase en las Fuerzas Armadas, por lo que, en alguna medida, parecía estar anticipándose el futuro, un futuro imparable a la vista de las determinaciones constitucionales, en especial de las referentes al acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

La Ley Orgánica 6/1980, de primero de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, iba a hacerse eco por primera vez de la participación de la mujer en la Defensa Nacional, determinación que se relacionaba no con el acceso femenino a la función pública militar, sino con la prestación del servicio militar. Eran cuestiones distintas, como ya apuntamos con anterioridad, pero se hallaban estrechamente interrelacionadas. De ahí que nos hagamos eco de ambas a la par, aunque procediendo a su diferenciación.

Tras precisar el párrafo primero del artículo 36 de la referida Ley Orgánica que el servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que se establezca, en su párrafo segundo se remite a la ley a los efectos del establecimiento de la forma de participación de la mujer en la Defensa Nacional. Este último párrafo no figuraba en el texto del proyecto gubernamental, siendo fruto de una enmienda del grupo parlamentario socialista aceptada por unanimidad por la ponencia (27).

La finalidad del párrafo en cuestión no era, sin embargo, la de anticipar una futura incorporación de la mujer al servicio en filas. Más bien parecía orientarse en sentido contrario. Al matizar, en el propio precepto, el carácter obligatorio para todos los españoles del servicio en filas, fórmula que bien podía presuponer la prestación de tal servicio por parte de la mujer, lo que no parecía casar con el sentir social del momento, la previsión del referido párrafo segundo del artículo 36 más bien parecía dirigida a avanzar que la aportación femenina a la defensa nacional debía canalizarse de forma distinta a la prestación del servicio de armas exigida a los varones.

Dicho de otro modo, la concepción amplia e integradora con que la ley contemplaba la Defensa Nacional parecía requerir la participación de la mujer, pero esta participación no tenía inexcusablemente que canalizarse a través del servicio de armas.

Aunque las previsiones de la Ley Orgánica 6/1980 relativas a la participación femenina en la Defensa Nacional se acogían en el Título de la norma legal referente al servicio militar, es lo cierto que dicha futura participación no podía por menos que afectar al acceso de la mujer a la función pública militar, con lo que esta otra cuestión también, en cierto modo, se iba a ver afectada por el artículo 36 de la tantas veces citada ley. Como reconocería el juez de la Constitución (28), en 1980 el legislador se iba a encarar con la desigualdad existente en orden a la incorporación de la mujer a los Ejércitos, aun cuando finalmente optara por mantener de forma temporal tal desigualdad.

(27) Compárese al efecto la obra *Defensa Nacional. Trabajos Parlamentarios*, p. 50, Congreso de los Diputados. Madrid, 1984.

(28) STC 216/1991, de 14 de noviembre, fundamento jurídico sexto.

La voluntad integradora que trasluce la Ley Orgánica 6/1980 explica que, aún sin la misma haber sido aprobada, el Ministerio de Defensa, en febrero de 1980, ordenara a los tres Cuarteles Generales de los tres Ejércitos la iniciación de estudios conducentes a la integración del personal femenino en las Fuerzas Armadas, remitiéndoles una serie de directrices relativas, entre otros, a estos aspectos:

1. Conveniencia de que los planes de encuadramiento del personal femenino fuesen graduales y progresivos.
2. Exclusión de la mujer de los puestos de combate.
3. Creación en cada Ejército de Cuerpos militares femeninos, con Escalas independientes de los Cuerpos y Servicios ya existentes.
4. Finalmente, regulación del servicio militar femenino con carácter voluntario.

Los correspondientes estudios realizados por los tres Ejércitos condujeron, en el mes de septiembre de 1982, a la redacción por la Comisión Interejércitos de Personal del Ministerio de Defensa de un primer borrador de anteproyecto de ley para la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas. Tres son los aspectos esenciales que se han destacado (29) de tal texto:

- a) El acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, a los Cuerpos y Servicios que cada Ejército determinase y en la Instrucción Militar de la Escala de Complemento.
- b) La exclusión de la mujer de las unidades de combate.
- c) El reclutamiento del personal femenino para la realización del servicio militar con carácter voluntario.

Si problemática era la regulación del acceso de la mujer a la función pública militar, mucho más lo era aún su participación en la Defensa Nacional mediante la prestación del servicio de armas. No debe extrañar por ello que el legislador siguiera ignorando el problema en la Ley 19/1984, de 8 de junio, del servicio militar, norma legal que se limitó una vez más a operar con la técnica legislativa del reenvío a otra norma.

En efecto, el artículo 41 de la ley citada establecía; que «el servicio militar de la mujer será regulado por la ley que determine su participación en la Defensa Nacional». Ello no constituía sino una forma de evadir la responsabilidad que entrañaba la adopción de una decisión en torno al tema. En sintonía con la referida previsión, la disposición transitoria segunda de la propia ley disponía que en tanto no se promulgara la norma legal aludida por el artículo 41, las mujeres no procederían a la inscripción, a efectos de alistamiento, en el ayuntamiento o consulado correspondiente a su lugar de residencia.

Un sector de la doctrina (30) ha interpretado que del articulado de la Ley del Servicio Militar parecía desprenderse que la intención del legislador era extender en el futuro la obligatoriedad de la prestación del servicio militar (o del servicio social sustitutorio caso de objeción de conciencia) a las mujeres, o al menos dejar abierta esta posibilidad. Sin

(29) HERRERA ALONSO, Á.: «La mujer y las Fuerzas Armadas». Ponencia presentada en el Curso sobre «La profesionalización de las Fuerzas Armadas», organizado por la Fundación «Alfredo Brañas» en el Monasterio de Poyo (julio de 1999), p. 6 del texto mecanografiado.

(30) ESCRIBANO TESTAUT, P.: *El deber de prestación del servicio militar y el principio de no discriminación por razón de sexo*, p. 106, *opus citada*.

embargo, por nuestro lado, más bien creemos que la inhibición del legislador en 1984, en un momento en el que ya comenzaba a extenderse el rechazo social a la prestación del servicio militar obligatorio, era la demostración patente de que se había descartado definitivamente la opción favorable a la extensión del servicio militar obligatorio a la mujer.

La Ley del Servicio Militar no era el instrumento adecuado para que el legislador normara el acceso de la mujer a la función pública castrense. De ahí que no creemos que el artículo 41 de la misma, como se ha dicho (31), tradujera una decisión premeditada de paralización temporal *sine die* de entrada en la profesión militar de la mujer, aunque qué duda cabe que ambas cuestiones, siendo distintas, y pudiendo incluso ser objeto de normaciones diferenciadas como a la postre ha acontecido, se hallaban estrechamente entrelazadas.

Tres años habrían de transcurrir hasta que, a nivel político, se detectase alguna nueva iniciativa en relación con el tema que nos ocupa, iniciativa que era en alto grado tributaria de una sucesión de fallos judiciales, de los que nos haremos eco más adelante, que venían a reconocer el derecho de la mujer, en condiciones de igualdad con el varón, al acceso a la función pública militar.

El día 25 de septiembre de 1987 el Gobierno aprobaba el Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres, plan que se proyectaba al periodo 1988-1990, y entre cuyas actuaciones se contaba la de tratar de impedir la discriminación de la mujer en el acceso al empleo, eliminando al efecto toda especificación de sexo y estado civil. Y en lo que a las Fuerzas Armadas atañe, se adoptaba el compromiso de modificar la normativa vigente a fin de hacer posible el acceso de la mujer a los Ejércitos.

En una intervención parlamentaria orientada a concretar la fórmula con la que posibilitar el acceso femenino a las Fuerzas Armadas, el ministro de Defensa concretaba ante la Comisión de Defensa del Congreso (octubre de 1987) las líneas directrices a seguir con vistas a dicha integración:

1. Progresividad de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, iniciándose la misma por los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.
2. Plena vigencia del principio de igualdad en el ingreso, para el que se atendería estrictamente a los resultados de los concursos-oposiciones convocados.
3. Inexistencia de cupos previos a la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, condicionantes de la misma.
4. Rechazo de la creación de Cuerpos específicamente femeninos.
5. Exclusión de la mujer de las unidades de combate.

En definitiva, a fines del año 1987 parecía claro el cambio de actitud: las reticencias iniciales frente al ingreso de la mujer en los Ejércitos daban paso ahora a una posición más posibilista, orientada a facilitar un acceso limitado de la mujer a la función pública militar. Con todo, había tenido que transcurrir para lograr tal inflexión nada menos que un decenio desde la entrada en vigor de la Constitución.

(31) ARROYO YANES, L.: *Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo*, p. 118, opus citada.

El acceso limitado de la mujer a las Fuerzas Armadas: el Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero

En cumplimiento de alguna de las actuaciones específicas contempladas en el Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres, el Gobierno aprobaba el Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regulaba la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas. Antes de centrarnos en el análisis de esta norma y de su desarrollo reglamentario, parece obligado aludir a la relativamente importante jurisprudencia que, a nuestro modo de ver, resultó el acicate decisivo en orden al cambio de política legislativa del Gobierno en torno al tema del acceso de la mujer a los Ejércitos.

A lo largo de los años 1987 y 1988 se iban a suceder una serie de sentencias cuyo común denominador era una toma de postura jurídica, desde luego no siempre uniforme, en torno al problema que venimos tratando.

El primero de estos fallos era una sentencia de la Audiencia Nacional del día 8 de junio de 1987 (32). En ella se resolvía el recurso interpuesto por doña Sagrario Ruano Rodríguez contra la Orden del Ministerio de Defensa de 28 de diciembre de 1983, por la que se convocaba concurso-oposición para el ingreso en el Cuerpo de Farmacia del Ejército del Aire, impugnación que se fundamentaba en la consideración de que el requisito de ser varón, establecido en las bases de la convocatoria, entrañaba una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución española.

Aunque los términos de la declaratoria de nulidad de la Orden Ministerial de convocatoria del concurso-oposición eran muy limitados en cuanto a sus efectos reales, pues la sentencia limitó sus efectos a la participación de la recurrente, sin afectar por tanto los restantes aspectos de la convocatoria, es decir, sin efectos *erga omnes*, la doctrina informadora de sus fundamentos jurídicos era, por el contrario, bien significativa.

La Audiencia, tras recordar que el reconocimiento de un derecho subjetivo no podía quedar supeditado a la *interpositio legislatoris*, y tras entrar a conocer del supuesto de hecho planteado, examinando las funciones atribuidas al Cuerpo de Farmacia, a fin de comprobar si su especificidad podía justificar un trato desigual entre el varón y la mujer, concluía en el sentido de que:

«La exclusión de la participación de la mujer por la convocatoria impugnada no se entiende justificada para este caso concreto [...] ni se ajusta a la realidad social del tiempo en que vivimos, que superando planteamientos anteriores viene propiciando la equiparación jurídica en razón al sexo, lo que determina que tal diferencia de trato tenga carácter discriminatorio.»

Una sucesión de pronunciamientos judiciales contradictorios, aunque de dudable interés, que culminaban en la importante sentencia del Tribunal Constitucional número 216/1991, tenían lugar con ocasión de la solicitud de doña Ana Bibiana Moreno Avena de acceso a las pruebas selectivas unitarias para el ingreso en la XLIII Promoción de la Academia General del Aire, convocadas por resolución de 18 de febrero de 1987, solicitud que era devuelta a través de un escrito de 23 de marzo suscrito por el coronel jefe de la Sección

(32) Puede verse en *Actualidad Administrativa*, pp. 1.778-1.781. Semana 20-26 julio 1987.

de Reclutamiento y Selección (SERES) de la Dirección de Enseñanza del Mando de Personal del Ejército del Aire. En síntesis, el escrito en cuestión razonaba que no era posible legalmente admitir la solicitud en tanto no se promulgara la ley a que se refería el artículo 36 de la Ley Orgánica 6/1980.

Deducido recurso contencioso-administrativo por la vía especial de la Ley 62/1978, la Sala Cuarta, de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Territorial de Madrid, por sentencia de 28 de enero de 1988, lo estimaba parcialmente, considerando que el acto impugnado vulneraba el artículo 14 de la Constitución española por discriminación por razón de sexo e, indirectamente, el artículo 23.2 de la propia Carta Magna, decretando la nulidad del acto impugnado con una eficacia *ex nunc* y no con efectos retroactivos, en coherencia, según se afirmaba en el fundamento jurídico sexto de la sentencia, de modo harto discutible, con el carácter individualizado de la protección instada ante la Sala y entendiendo que mediante la desaparición de la referida discriminación no se aseguraba para el futuro la efectiva remoción de cualquier otra medida discriminatoria.

El fallo de la Audiencia era apelado por el abogado del Estado, siendo revocado por la sentencia del día 7 de octubre de 1988, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (33). Ello no obstante, creemos que el fallo de la Audiencia Territorial de Madrid fue el elemento determinante de la normación de la materia por el Gobierno, a través del Decreto-Ley 1/1988.

En su sentencia, el Tribunal Supremo parte (fundamento jurídico quinto) de la consideración de que el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo cabalmente no puede ser contemplado sólo en abstracto, sino en función de las particulares circunstancias, de las realidades sociales y de las situaciones jurídicas en que se produce la diferenciación, al objeto de proscribir la desigualdad irracional que es la que conlleva la discriminación.

La concreta aplicación de esta doctrina al supuesto de hecho enjuiciado conducía a la Sala Quinta a no reputar conculcado el principio de igualdad, pues aún reconociendo la aplicabilidad inmediata de la Constitución, los efectos igualitarios que ésta genera y la sujeción a los mandatos constitucionales de los poderes públicos, es lo cierto que, a juicio harto discutible de la Sala, la demora del acceso de la mujer al Ejército del Aire no lesionaba el núcleo esencial del derecho de igualdad, ni comportaba la discriminación prosrita, pues realmente se producía en armonía con una realidad social que no cabía desconocer, con las diferencias existentes en orden a la permanente disponibilidad para el servicio, con la infraestructura actual de los Ejércitos e incluso con las características y funciones propias del Arma Aérea, al menos en sus actividades operativas y de combate (fundamento jurídico sexto).

En un momento ulterior de su argumentación (fundamento jurídico octavo), el Tribunal Supremo matizaba que aun marginando las diferencias anteriormente aludidas (condiciones fisiológicas, disponibilidad permanente para el servicio, características del Arma Aérea...):

«Es lo cierto que la plena incorporación (de la mujer) demanda las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar, que en último término constituirían razón suficientemente justificativa del rechazo de la instancia presentada por la recurrente, en cuanto basada en causas razonables objetivamente consideradas.»

(33) Puede verse en ARANZADI, 1988, marginal 7.579.

En coherencia con todo lo expuesto, el Supremo estimaba el recurso de apelación promovido, revocando la sentencia de la Audiencia Territorial impugnada.

Como significa Arroyo (34), en este fallo del Tribunal Supremo latía una visión sumamente restrictiva para la integración de la mujer en la Administración militar, concepción que era difícilmente asumible desde los presupuestos jurídico-constitucionales informadores de la materia. Ello, a nuestro juicio, quedaba expresamente puesto de relieve en el fundamento jurídico octavo, ya referido, en el que, en esencia, se supeditaba la efectiva vigencia del derecho a la igualdad sin que quepa discriminación a algo tan liviano, mucho más transcurridos 10 años desde la entrada en vigor de la Constitución, como la necesidad de llevar a cabo unas reformas de la infraestructura militar.

La sentencia de 7 de octubre de 1988 sería recurrida en vía de amparo constitucional ante el juez de la Constitución, que en su sentencia 216/1991, del día 14 de noviembre, estimaba el recurso, procediendo a declarar la nulidad tanto del acto o resolución dictada por el coronel jefe de SERES, como de la propia sentencia de la Sala Quinta.

El Alto Tribunal partía de la premisa de que la exclusión de las mujeres de las vías de acceso a la profesión militar resultaba discriminatoria e inconciliable con el derecho fundamental a la igualdad. Ni tan siquiera al Gobierno, que dirige la Administración militar y la defensa del Estado, ofrecía duda tal circunstancia, como el propio Tribunal constataba (35).

De otro lado, ni el legislador parlamentario ni el Gobierno habían efectuado exclusión discriminatoria alguna *per se*, limitándose a deferir la integración e incorporación de la mujer a los Ejércitos a la adopción de una ley específica.

Consecuentemente, la cuestión que se planteaba no consistía tanto en determinar si la desigualdad producida a la recurrente encontraba su justificación en una diferenciación razonable, sino, en primer termino, en si cabía calificar de razonable el mantenimiento temporal de una diferenciación discriminatoria en los términos vistos, y, en segundo lugar, en si había de reputarse asimismo de razonable el lapso de tiempo transcurrido.

Entiende el juez de la Constitución que la incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que encierra el artículo 14 de la Constitución española viene a modular este último en un doble sentido: en el de llevar a la calificación de no discriminatorias las acciones de favorecimiento temporal que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados, y en el de exigir de esos propios poderes, enfrentados a una desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que si bien no cabe, por lo general, *mesurar ex constitutione la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable, habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan* (36).

(34) ARROYO YANES, L. M.: *Acceso a la función pública militar...*, pp. 130-131, *opus citada*.

(35) STC 216/1991, de 14 de noviembre, fundamento jurídico cuarto.

(36) *Ibidem*, fundamento jurídico quinto, *in fine*.

El Tribunal Constitucional, descendiendo al caso concreto, constata que desde la fecha de entrada en vigor de la Constitución hasta aquella en que a la recurrente se le denegó el acceso a las pruebas de admisión en la Academia General del Aire, no se adoptó medida alguna de tipo normativo correctora de la discriminación referida.

Y tras ello, rechaza la argumentación de la Sala Quinta del Tribunal Supremo en el sentido de considerar que las reformas estructurales que demandaba la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas eran razón suficiente como para rechazar la instancia de la recurrente (37).

El legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora, ni proponerse plazo, al menos aproximativo, en orden a aquella corrección, y por ello mismo el Tribunal califica de inconstitucional, y por ello anula, el acto o resolución dictada por el coronel jefe de SERES, así como la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que confirmó dicho acto administrativo.

La argumentación del Tribunal es de bastante mayor alcance que el fallo, cuyo contenido viene determinado no sólo por la petición procesal de la recurrente, sino también por los hechos sobrevenidos: la promulgación de la Ley 17/1989 y el ejercicio del derecho sin obstáculos discriminatorios ejercido por la recurrente (38). Y aunque desde una perspectiva procesal no quepa efectuar ninguna objeción, ello no impide constatar un cierto esca-pismo del Tribunal por el resquicio que ofrecen esos hechos sobrevenidos.

Con todo, la importancia de la sentencia constitucional es evidente. En tal sentido, Rodríguez-Piñero (39) significaría que la sentencia no sólo legitimaba, sino que llegaba a considerar como una exigencia constitucional la existencia de una política antidiscriminatoria que estableciera medidas en favor de la mujer para cambiar su situación de desventaja de partida.

El Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1988-1990), aprobado el 25 de septiembre de 1987, como antes advertimos, ya contemplaba la modificación de la normativa vigente a fin de hacer posible el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas. Ello plasmaría en el Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

No deja de ser bien significativa, sin embargo, la proximidad temporal entre esta norma y la ya referida sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 28 de enero. Menos de un mes media entre la norma y el fallo, que bien podemos considerar como el detonante final que desencadenó la normación gubernamental a través de la vía del Decreto-Ley. Suárez Pertierra (40) se haría eco del impacto de los fallos de los Tribunales de Justicia sobre la adopción de esta primera norma reguladora de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas. Desde luego, parecía obligada la rápida intervención normadora del Gobierno a

(37) *Ibidem*, fundamento jurídico sexto.

(38) Una convocatoria del año 1989 permitió a la recurrente ser admitida a las pruebas selectivas para el ingreso en la Enseñanza Superior Militar.

(39) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria», en *Relaciones Laborales, 1992-III*, pp. 18 y siguientes; en concreto, p. 23.

(40) SUÁREZ PERTIERRA, G.: en el prólogo a la obra colectiva, *La mujer en las Fuerzas Armadas en España*, p. 12, *opus citada*.

la vista del fallo citado y de otros varios que presumiblemente podían dictarse. Y en este contexto ha de ubicarse el Decreto-Ley 1/1988.

La norma en cuestión inicia el programa de incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, regulando su acceso a determinados Cuerpos y Escalas militares y anticipando en su exposición de motivos que la incorporación a los demás Cuerpos se haría de manera progresiva a medida que se fueran efectuando adaptaciones de diversa índole que, al tiempo que aseguraran la adecuada integración, permitieran mantener el normal desarrollo de las funciones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas.

El recurso al Decreto-Ley se justificaba en la necesidad de programar las convocatorias de los procesos selectivos para el ingreso en la profesión militar durante el año 1988, y en la conveniencia de dar respuesta a la demanda social, si bien, como ya adelantamos, no es ajeno a este recurso normativo de urgencia la sentencia un mes anterior al Decreto-Ley tan sólo ya antes aludida.

La norma tenía un carácter limitado por cuanto no propugnaba la incorporación inmediata de la mujer a todos los Cuerpos y Escalas, meta que se postergaba en el artículo 4 hasta tanto se llevaran a cabo «las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas», quedando habilitado el Gobierno para, a propuesta del ministro de Defensa, determinar el orden progresivo de acceso a los restantes Cuerpos y Escalas. Ello no obstante, el Decreto-Ley contemplaba el acceso de la mujer a un total de veinticuatro Cuerpos y Escalas que se relacionaban en su artículo 2. Asimismo a partir del año 1988 se posibilitaba a la mujer el acceso a las pruebas de selección para el ingreso como guardias civiles de segunda.

El Decreto-Ley vertebraba el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas sobre la base de cuatro principios generales que, en buena medida, iban a condicionar el ulterior desarrollo de esta materia. Eran esos principios los que siguen:

1. Las plazas para el acceso a los Cuerpos y Escalas contemplados por la norma se habían de convocar sin distinción de sexo, no pudiendo existir en los procesos de selección otras diferencias que las derivadas de las distintas condiciones físicas del hombre y de la mujer que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. Esta previsión podía desplegar sus efectos en un doble ámbito: de un lado, en el de los parámetros contemplados en la tabla de pruebas físicas a superar y en los relativos a la estructura física (altura y peso), que lógicamente habían de ser diferentes para el hombre y la mujer, y de otro lado, en las circunstancias físicas impeditivas del acceso a las Fuerzas Armadas (así, por ejemplo, existen enfermedades susceptibles de ser padecidas sólo por hombres o sólo por mujeres).
2. El principio de igual acceso del hombre y la mujer a todos los empleos castrenses, previsión de notable trascendencia por cuanto venía en el fondo a presuponer la opción en favor de una integración plena frente a la otra opción posible, de integración limitada o selectiva (41). Ciertamente, este principio de plena integración estaba llamado a operar en el futuro, pero ya en el Decreto-Ley quedaba delineado con nitidez.

(41) En igual sentido, ARROYO YANES, L. M.: *Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo*, p. 122, *opus citada*.

3. En las denominaciones de los empleos militares quedaba vedada toda distinción terminológica, lo que, por un lado, presuponía el mantenimiento inalterado de las denominaciones «masculinas» de los empleos castrenses, algo que podía ser discutido, pero por otro, evitaba la utilización de una doble denominación que, en alguna medida, podía redundar en perjuicio de la mujer militar.
4. Se garantiza a la mujer el principio de progresión de carrera en condiciones de igualdad con el varón, sin que puedan existir otras diferencias que las derivadas de sus condiciones fisiológicas para la provisión y desempeño de determinados destinos. Esta prescripción del artículo 1.4 del Decreto-Ley dejaba abierta la posibilidad de que se establecieran en este principio de progresión de carrera ciertas diferencias, bien que las mismas no pudieran sino venir referidas a las condiciones fisiológicas, habiendo de interpretarse tal trato diferencial como absolutamente excepcional respecto de la regla o principio general: la progresión de carrera en condiciones de igualdad.

El Decreto-Ley 1/1988 exigía un rápido desarrollo reglamentario orientado a posibilitar realmente el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas. Ello hacía necesaria la modificación del cuadro médico de exclusiones y la concreción de las puntuaciones exigibles en las pruebas de aptitud física para el ingreso de la mujer en los Cuerpos y Escalas contemplados por el Decreto-Ley.

El desarrollo en cuestión era aprobado de inmediato. En efecto, la Orden del Ministerio de Defensa 15/1988, de 23 de febrero, procedía a llevar a cabo las necesarias determinaciones, siendo de destacar de la misma los siguientes aspectos:

- a) Consideración del embarazo como causa de exclusión para el ingreso, previsión discutibilísima que se mantendría con posterioridad inalterada hasta la Ley 17/1999, de 18 de mayo.
- b) Mantenimiento de las pruebas físicas preexistentes para el ingreso que, como parece lógico, se hallaban pensadas para los varones.
- c) Establecimiento de una serie de adaptaciones y modificaciones en los llamados parámetros biológicos, en las enfermedades generales que excluyen el ingreso y en la tabla de puntuaciones de los ejercicios físicos a realizar por la mujer.

Este primer desarrollo reglamentario no pretendía, como resulta evidente a la vista de sus previsiones, formular una nueva ordenación general de la materia, sino tan sólo reacomodar las normas preexistentes con la intención de posibilitar el inmediato acceso de la mujer a los Cuerpos y Escalas previstos por el Decreto-Ley, norma esta última, entre otras, por la que se iban a regir las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Sanidad de los tres Ejércitos, convocadas por resolución de la Subsecretaría de Defensa de 24 de febrero de 1988, como también las pruebas selectivas que sucesivamente se irían convocando para el ingreso en los distintos Cuerpos y Escalas contemplados por el propio Decreto-Ley.

El inicio del proceso normativo encaminado al logro de la igualdad de oportunidades de la mujer en el acceso a la función pública militar lo marca, en rigor, la Ley 17/1989, a la que aludiremos más adelante. Sin embargo, con anterioridad a la aprobación de esa norma legal se posibilitó a la mujer participar en las pruebas de ingreso en las academias militares, lo que suponía la quiebra de la barrera impeditiva del acceso a las llamadas en el Ejército de Tierra «Armas». Ello iba a acontecer en los inicios del año 1989.

Bien es verdad que la primera norma reglamentarla de dicho año relacionada con la materia, la Orden del Ministerio de Defensa 82/1988, de 29 de diciembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 10 de enero de 1989, relativa a las normas, programas, cuadro médico de exclusiones y pruebas de aptitud física para ingreso en la Academia General Militar, Escuela Naval Militar y Academia General del Aire, acogía unas previsiones claramente orientadas a los varones que no hacían previsible un cambio de orientación inmediato en la materia.

Sin embargo, la Orden de 27 de febrero de 1989 recogía como Anexo el Acuerdo del Consejo de Ministros del día 24 de febrero de 1989 por el que se determinaba la provisión de plazas para el ingreso en la profesión militar durante el año 1989. El punto quinto del Acuerdo establecía que las plazas de acceso para el ingreso en la profesión militar en las Fuerzas Armadas así como para el ingreso en la Guardia Civil durante el año 1989, se convocarían sin distinción de sexo en todos los Cuerpos y Escalas, de conformidad con lo establecido por el artículo 4 del Decreto-Ley 1/1988.

Una Orden Ministerial del día siguiente, la Orden número 16/1989 de 28 de febrero, procedía a ampliar y modificar el cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física para ingreso en las tres academias militares, siguiendo al efecto la misma técnica diseñada por la Orden de 23 de febrero de 1988 antes comentada, modificando al efecto la Orden 82/1988, de 29 de diciembre. Por lo demás, quizá el rasgo más relevante de la regulación dada por la nueva Orden Ministerial, bien que en la dirección ya preestablecida, fuera el de la consideración del embarazo como una causa de exclusión que sin ser, por supuesto, una enfermedad inhabilitante, recibía, *de facto*, como bien se ha apuntado (42), el mismo tratamiento que tales enfermedades.

En definitiva, por la vía reglamentaria, aunque al amparo de las previsiones de una norma con fuerza de ley (el tantas veces referido Decreto-Ley 1/1988), se lograba la plena incorporación de la mujer a los Ejércitos, si bien tan sólo, como apostilla Álvarez Roldán (43), en la «faceta laboral». La igualdad ante la ley, alcanzada la igualdad de derechos, exigía la igualdad de obligaciones, que apuntaba a la realización del servicio militar.

Una última cuestión hubo de abordarse reglamentariamente: la relativa a la uniformidad. La incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas planteó automáticamente el problema de la uniformidad que había de emplear. El Ministerio de Defensa abordaba la regulación de esta nueva cuestión por intermedio de la Orden número 6/1989, del día 20 de enero, por la que se regula la denominación, composición y utilización de los uniformes en las Fuerzas Armadas, si bien la norma era básicamente tributaria de los problemas que planteaba la incorporación de la mujer a los Ejércitos, como en su propio preámbulo se reconocía.

Digamos tan sólo que los uniformes femeninos eran similares a los utilizados por el personal masculino con la diferencia de tener faldas, medias y bolso.

Por lo demás, la orden en cuestión, en su punto tercero, habilitaba al subsecretario de Defensa y a los jefes de Estado Mayor de los tres Ejércitos para dictar, en el ámbito de sus

(42) ARROYO YANES, L. M.: *Acceso a la función pública militar...*, p. 125, nota 27, *opus citada*.

(43) ÁLVAREZ ROLDÁN, L. B.: «La igualdad, la mujer y los Ejércitos», en *REDEM*, pp. 259 y siguientes; en concreto, número 54, tomo I, p. 268. Julio-diciembre, 1989.

respectivas competencias, las instrucciones que consideraran precisas en desarrollo de lo establecido en la orden, como así harían.

Al margen ya de la jurídico, queremos hacernos eco, siquiera sea brevemente, de la opinión pública española en torno al tema de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.

Una de las encuestas más rigurosas fue la realizada, en el trabajo de campo, por el Centro de Investigaciones Sociológicas, con un cuestionario elaborado por la Unidad de Estudios Sociales de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa (44), en diciembre de 1987. Las conclusiones más significativas eran las que siguen:

- a) Igualdad en las porcentajes de individuos de la población a favor o en contra de la incorporación de la mujer, contemplada en general, a las Fuerzas Armadas: el 39% y el 37%, respectivamente, mostrándose el 19% indiferente.
- b) Los sectores de la población que se mostraban más contrarios a la incorporación de la mujer a los Ejércitos eran: las personas con menor nivel cultural, los mayores de 51 años, las amas de casa, los habitantes de poblaciones inferiores a 10.000 individuos, las personas de frecuente práctica religiosa y las de ideología de derecha-extrema derecha.
- c) Los segmentos de población más favorables eran: los individuos con una educación de nivel bachillerato o similar, los menores de 40 años, los estudiantes, los habitantes de poblaciones superiores al millón de individuos, las personas de escasa religiosidad y las de ideología de izquierda-extrema izquierda.
- d) El equilibrio entre los criterios favorables y desfavorables se manifestaba en el conjunto de la población si de lo que se trataba era de la incorporación «profesional» de la mujer, cambiando el panorama radicalmente si lo que se consideraba era la entrada de la mujer en las Fuerzas Armadas con carácter obligatorio, realizando el servicio militar con tal carácter forzoso; aquí todos los grupos en que se dividía el universo encuestado, de modo mayoritario, opinaban contrariamente a este modelo (26% a favor y 67% en contra).
- e) En lo que se refiere a los Cuerpos y Unidades, la mayoría de la población (un 51%) opinaba que se debían crear Cuerpos especiales para las mujeres y sólo el 32% creía que la mujer debía integrarse en los ya existentes. También la mayoría (56%) se decantaba en favor de que la mujer accediera exclusivamente a Unidades de apoyo a la fuerza.
- f) Finalmente, si de lo que se trataba era de la incorporación a la estructura jerárquica hasta el empleo de general o almirante, tanto la población en general como todos los sectores poblacionales en que se agrupaba el universo encuestado, a excepción de los de ideología de extrema derecha, opinaba que la mujer había de acceder a todos los empleos existentes en los Ejércitos.

En resumen, la diferencia de opinión sobre los diversos aspectos de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas venía claramente determinada, como subraya Gil

(44) Compárese al efecto, GIL MUÑOZ, C.: *La opinión de la población española sobre la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas*, en FERNÁNDEZ VARGAS, V. y otros (coordinadores): *La mujer en las Fuerzas Armadas en España*, pp. 79 y siguientes, *opus citada*.

Muñoz (45), por el nivel de estudios y la edad del individuo, mientras que por lo que respecta a la variable «sexo» no se observaban diferencias significativas entre la opinión de los hombres y la de las mujeres en todas las áreas de opinión.

Seis meses después, la opinión de quienes se mostraban a favor o en contra de la incorporación de la mujer parecía ir progresivamente inclinándose en favor de los primeros (46): un 55% se mostraba muy a favor o algo a favor, frente a un 37% que se manifestaba algo o muy en contra (47).

Desde otra perspectiva, también de interés sociológico, recordaremos que en la convocatoria de 1989 a las pruebas de ingreso a las academias superiores se presentaron 2.164 opositores, de ellos 55 mujeres, equivalentes a un 2,54% del total, de las que 28 mujeres accedían a los diferentes Cuerpos.

El inicio del proceso normativo encaminado a la igualdad de oportunidades de la mujer en el ejercicio de la profesión militar: la Ley 17/1989, de 19 de julio

La Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, supuso un notabilísimo cambio en la materia al incorporar una serie de criterios moduladores de la carrera militar desconocidos hasta ese momento. En lo que se refiere a la cuestión que nos ocupa, con esta ley se alcanza no la plenitud, como se afirma en su Preámbulo, pero sí un alto nivel en el plan de igualdad de oportunidades en el ejercicio profesional dentro de los Ejércitos.

Ciertamente, en el aspecto relativo a la incorporación de la mujer a los Ejércitos se había adelantado el proceso inicialmente previsto dentro del nuevo marco general, y de esta forma se reguló la participación de la mujer en los Cuerpos y Escalas militares en un plano de igualdad con los sistemas de incorporación de los hombres, pero en los demás aspectos la igualdad estaba aún más lejana.

La norma legal introduce una serie de previsiones encaminadas al logro de esa igualdad de oportunidades en el ejercicio profesional castrense. Éste es el caso de un conjunto de preceptos relativos al acceso a la enseñanza militar, a la ordenación de los empleos militares, a las evaluaciones y clasificaciones para el ascenso y al régimen de las situaciones administrativas.

En lo que atañe al acceso a la enseñanza militar, la igualdad entre los aspirantes es absoluta, con independencia del sexo. Así lo establece el artículo 43 de la ley, a cuyo tenor: «Todos los españoles tienen derecho al acceso a la enseñanza militar en los términos

(45) GIL MUÑOZ, C.: *La opinión de la población española...*, p. 94, *opus citada*.

(46) Compárese al efecto, RAMÍREZ LAFITA, J. M. y GARCÍA-MON MARAÑES, B.: «La opinión pública española ante la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas», en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, número 584, pp. 61 y siguientes. Septiembre, 1988.

(47) Un sondeo realizado en el año 1990 reflejaba que la posición «más bien favorable» a la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas se mantenía en el 54,9%, es decir, más o menos como dos años antes, mientras que el porcentaje de los contrarios había descendido al 32,3% (mediado el año 1988 era de un 37%). Compárese al respecto el Informe de Rafael Moreno y Rosa Ruiz publicado en la *Revista Española de Defensa*, número 61, pp. 12 y siguientes, en concreto, p. 14. Marzo, 1993.

regulados en este capítulo». Y el artículo 44, tras reconocer en su apartado primero que el ingreso en los centros docentes militares de formación garantizará en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, dispone en su apartado tercero que en tales 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 estos centros.

De igual forma, una vez obtenido el nombramiento de alumno, todos los aspirantes seleccionados tendrán condición militar, quedando sometidos, con independencia de su sexo, al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares, tal y como se desprende del artículo 55 de la ley y del *Reglamento general de ingreso en los centros docentes militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo*, aprobado por Real Decreto 562/1990, de 4 de mayo.

En lo que hace a la ordenación de los empleos militares, el artículo 10.4 de la norma legal veda toda distinción terminológica entre el hombre y la mujer en la denominación de tales empleos, algo que, como ya comentamos con anterioridad, estableció el Decreto-Ley 1/1988, siendo objeto tal previsión de manifestaciones bien encontradas.

En lo que se refiere a las evaluaciones y clasificaciones para el ascenso, la ley contiene una norma específica para la mujer. El artículo 89.4 prevé que las evaluaciones de tipo profesional, y consiguientes clasificaciones, que afecten a la mujer harán abstracción de lo dispuesto en el artículo 74.5 de la ley (norma a la que nos referiremos en detalle más adelante, pero que, en esencia, alude a las particularidades que pueden derivarse para la mujer como consecuencia de sus específicas condiciones fisiológicas), con el fin de garantizar iguales posibilidades de progresión que las de los hombres de la misma Escala.

Y en materia de situaciones administrativas, la mujer y el hombre disfrutan de idénticas situaciones, las cuales son contempladas por el artículo 96 de la ley, siendo de reseñar que el artículo 100.3 reconoce a todo militar de carrera, independientemente de su sexo, el derecho a un periodo de excedencia voluntaria, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción.

Las normas comentadas precedentemente venían referidas a los militares de carrera. Para los militares de empleo, tanto de la categoría de oficial, como de la de tropa y marinería profesional, los artículos 106 y 107 de la ley disponían que las plazas existentes para el acceso a una u otra categoría habían de ser cubiertas por los procedimientos que reglamentariamente se establecieran, de acuerdo con el artículo 44 de la propia ley, precepto que, como ya vimos, venía a garantizar en términos rotundos el principio de igualdad.

La cuestión más problemática quedaba planteada con ocasión de la regulación legal del régimen de provisión de destinos. En efecto, al margen ya de las exigencias derivadas del periodo de embarazo, en el que por prescripción facultativa se podía asignar un puesto orgánico distinto del que estuviera desempeñando a la mujer, el artículo 74.5, reiterando la previsión del artículo 1.4 del Decreto-Ley 1/1988, posibilitaba que las normas de provisión de destinos pudieran establecer particularidades para la mujer derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas.

Una previsión de esta naturaleza tan indeterminada abría la posibilidad de establecer notables diferencias en función del sexo en el régimen de provisión de destinos, lo que, como bien se ha dicho (48), suponía el desplazamiento de la desigualdad en el reclutamiento inicial del personal al posterior proceso de desarrollo profesional en el seno de las Fuerzas Armadas. Sería en este ámbito donde el principio de igualdad de oportunidades de la mujer iba a quedar más seriamente dañado, circunstancia que había de manifestarse más visiblemente con el devenir del tiempo y el progresivo incremento del número de mujeres profesionales de las Fuerzas Armadas.

En lo que constituye un desarrollo reglamentario particularizado de la citada previsión legal del artículo 75.4, el artículo 25 del *Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas*, aprobado por Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, en relación con los destinos del personal femenino de tropa y marinería profesionales, posibilitaba a tal personal que optase 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, no pudiendo tampoco formar parte de las tropas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores en los que sus condiciones estructurales no permitan el alojamiento en condiciones adecuadas.

La cuestión que nos ocupa plantea el problema siempre complejo del acceso de la mujer a las unidades de combate, problema que a su vez se vincula con el de la capacidad femenina para resistir física y psicológicamente tanto como el varón. Desde luego, es evidente que la tecnología ha minimizado la importancia de la fuerza física en el desempeño del conjunto de actividades relevantes para la organización militar.

Por lo general, puede constatarse que los distintos Ejércitos que han incorporado a la mujer han resuelto este problema clasificando los diferentes puestos a cubrir en atención al nivel de dificultad-facilidad física y estableciendo un techo por encima del cual no puede pasar la mujer. Sin embargo, los notables cambios que el devenir histórico ha generado en los Ejércitos, tanto como consecuencia de la adaptación de la organización militar como por virtud de las innovaciones tecnológicas han propiciado que los límites existentes en orden a la incorporación de la mujer se relativicen y se conviertan en muchos casos en puramente temporales. Como se cuestiona Alvira (49), ¿cómo separar de un modo efectivo los puestos que en caso de guerra implicarían un combate directo de los que significarían combate indirecto? ¿Y cómo, añadiríamos nosotros, no atender más que a la supuesta debilidad física de la mujer con ignorancia de otras cualidades dignas de ser tenidas en cuenta para cualquier trabajo?

En esta dirección, el Tribunal Constitucional, al valorar la consideración llevada a cabo por un órgano judicial que ve como objetivamente justificada la diferencia de tratamiento económico entre dos colectivos, uno masculino (los peones) y otro femenino (las limpiadoras), «en atención a la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la categoría de peón», entiende que «la utilización exclusiva e irrazonable de este criterio objetivo ha producido consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer». Se ha partido, añade el Alto Tribunal (50), de una premisa no demostrada, la mayor penosidad y esfuerzo físico,

(48) ARROYO YANES, L. M.: *Acceso a la función pública militar...*, p. 127, opus citada.

(49) ALVIRA, F.: «La mujer y el Ejército», en *Revista Española de Defensa*, número 14, p. 25. Abril, 1989.

(50) STC 145/1991, de primero de julio, fundamento jurídico quinto.

dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos.

Y en otro momento, el juez de la Constitución ha significado (51) que el mandato de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la Constitución española, consecuentemente al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo. Más aún, en muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones.

Si a cuanto se ha expuesto se añade que el trasfondo de la exclusión de la mujer de las unidades de combate, o de algunas de ellas al menos, responde a circunstancias básicamente estructurales, como revela una previsión como la antes citada del artículo 25 del *Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas*, la duda acerca de la compatibilidad constitucional de una norma de tal género se acrecienta.

El Tribunal Supremo norteamericano, en una muy loable evolución jurisprudencial, ha dejado claro (52) que cuando se abren ciertas sospechas de discriminación por causa del sexo ya no basta para su justificación que los medios tengan una relación razonable con los fines que se persiguen, sino que los medios tienen que ser necesarios para alcanzar esos fines respecto de los que no es suficiente que sean legítimos, sino que deben tener su justificación en un interés irresistible o apremiante. Y en sintonía con esta doctrina, el Tribunal Supremo norteamericano ha considerado que una norma que traza una línea de separación entre sexos con el solo objetivo de la mayor conveniencia de la Administración, es una norma contraria al principio de igualdad.

También nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de manifestarse en forma en alguna medida análoga. Así, en su sentencia 254/1993, razona en el sentido de entender que el que un determinado órgano administrativo disponga, o carezca, de los medios materiales o de las atribuciones competenciales precisos no sirve para discernir los derechos de un ciudadano, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución (53).

De cuanto se ha expuesto bien pudiera entresacarse una conclusión: en cuanto que es la eficacia de los Ejércitos, en orden a las trascendentales funciones constitucionales que cumplen, lo que ha de ser salvaguardado, el criterio de la eficacia se habrá de traducir en la selección de las personas más idóneas en orden al desempeño eficaz de la función asignada; ello, necesariamente, contribuye a relativizar el sexo del militar que ha de ocupar cada destino y, además, casa a la perfección con los criterios de mérito y capacidad

(51) STC 229/1992, de 14 de diciembre, fundamento jurídico cuarto.

(52) Compárese al efecto, BLANQUER, D.: *Ciudadano y soldado...*, pp. 158-167, *opus citada*.

(53) STC 254/1993, de 20 de julio, fundamento jurídico 30.

que postula el artículo 103.3 de la Constitución española para el acceso a la función pública.

En esta misma dirección, Blanquer (54) apostilla que si un determinado destino puede ser ocupado tanto por un hombre como por una mujer, las condiciones físicas que se exijan deben ser idénticas para ambos sexos, so pena de vulnerar tanto el principio de igualdad como la eficacia de las Fuerzas Armadas. De lo contrario se crearía una discriminación de aquellos hombres que fueren rechazados por no poseer las condiciones físicas exigidas a los hombres, pero que cumplan con las condiciones requeridas a las mujeres. Esta interpretación puede ser apoyada por alguna reflexión jurisprudencial realizada precisamente en relación con el esfuerzo físico, en cuanto rasgo de la actividad humana que puede proyectarse sobre una determinada tarea. Así, a juicio del «intérprete supremo de la Constitución» (55), sólo será posible la admisión de criterios como el del esfuerzo físico, en orden a justificar una diferenciación de trato (por ejemplo retributiva), si se acredita de forma indubitada que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien que se trata de un elemento esencial de la misma, siendo preciso, aun en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros.

El claroscuro del artículo 75.4 de la Ley 17/1989, acentuado por su desarrollo reglamentario en relación con el régimen de la Tropa y Marinería Profesionales, no obsta en lo más mínimo para que la ordenación que a la materia da la referida norma legal nos merezca un juicio realmente positivo, y ello, entre otras, por las siguientes razones:

- a) En primer término, porque la ley opta por la integración de la mujer en todos los Cuerpos, Escalas y empleos.
- b) En segundo lugar, porque el legislador se inclina por un modelo que no admite la creación de Escalas específicamente femeninas, fórmula esta última difícilmente compatible con las exigencias derivadas del principio de igualdad.
- c) En tercer término, porque la ley evita toda fijación de porcentajes máximos de presencia de la mujer en los Cuerpos integrantes de las Fuerzas Armadas.
- d) En cuarto lugar, porque el legislador ha soslayado igualmente la fijación de un techo profesional en la carrera militar de la mujer, por encima del cual ésta no pueda alcanzar ningún empleo.
- e) Finalmente, y en buena medida como consecuencia de todo lo anterior, porque la ley ha soslayado la conformación de dos modelos de carrera diferentes según se trate de la mujer o del varón.

En el periodo que estamos analizando asistimos a una toma de postura legislativa muy nítida en relación con la prestación del servicio militar por parte de la mujer. La Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, encara decididamente esta cuestión (56).

(54) BLANQUER, D.: *Ciudadano y soldado...*, p. 186, *opus citada*.

(55) STC 58/1994, de 28 de febrero, fundamento jurídico sexto.

(56) Compárese al efecto, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El nuevo diseño del servicio militar: la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre», en *Revista de Administración Pública*, número 129, pp. 77 y siguientes. Septiembre-diciembre, 1992.

Como ya vimos, la anterior norma legal, la Ley 19/1984, operó con la técnica legislativa del reenvío, al remitirse, en orden a la regulación del servicio militar de la mujer, a la ley que determinara su participación en la Defensa Nacional. Ahora, el legislador ya no evade pronunciarse. El artículo 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, que enumera las causas de exención del servicio militar, prescribe que:

«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.»

Esta opción en pro de la exclusión de la mujer del deber de prestación del servicio de armas se justifica en el preámbulo de la ley en base a que las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones, y en base asimismo a entender que esta decisión no vulnera el mandato de no discriminación establecido por el artículo 14 de la Constitución española.

La justificación que ofrece el legislador en primer término no es de recibo, pues la misma, como bien dice Blanquer (57), conduciría a aceptar que es razonable que las mujeres no puedan participar en otros ámbitos de la Administración pública por cuanto hay hombres suficientes para satisfacer las necesidades.

Por otra parte, no parece que esta exclusión de la mujer de la obligación de prestar el servicio de armas pueda fundamentarse en forma objetiva y razonable a la vista de la necesidad de una previa adaptación de la infraestructura organizativa militar, inexcusable para la posible incorporación femenina al servicio regular, argumento utilizado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de mayo de 1993 (58). Como de nuevo esgrime con evidente razón Blanquer (59), frente a tal argumentación bien puede recordarse la doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos, conforme a la cual la conveniencia administrativa no es una justificación suficiente para establecer o perpetuar una discriminación entre hombres y mujeres, por lo que la dificultad de ampliar los servicios administrativos de reclutamiento o de modificar las infraestructuras castrenses no pueden ser obstáculos constitucionalmente relevantes.

Y a todo ello se ha de unir el hecho adicional de que en el momento de dictarse la sentencia que comentamos, ya la Ley 17/1989 había posibilitado sin trabas el acceso de la mujer a la función pública castrense en condiciones de igualdad con el varón. Y el *Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas* de 1992, también había posibilitado el acceso de la mujer en iguales condiciones que el hombre. La mujer, pues, podía gozar del derecho de acceso a la función pública militar, no viéndose por el contrario obligada a cumplir con el deber de prestación del servicio de armas, deber que, no lo olvidemos, constitucionalmente se configura a la par como un derecho. De ahí que ésta nos pareciera más bien una situación discriminatoria.

Ciertamente, ni el progresivo mayor rechazo social a la prestación del servicio militar obligatorio, ni la situación de los países de nuestro entorno, ni la opinión pública española, parecían aconsejar una fórmula legal encaminada a obligar a la mujer a prestar el servicio

(57) BLANQUER, D.: *Ciudadano y soldado...*, p. 183, *opus citada*.

(58) ARANZADI, marginal número 3.964. Tal argumento puede verse en el fundamento jurídico primero del propio Tribunal Supremo.

en filas, pero ello no hacía sino ahondar en la crisis global del propio sistema de recluta universal en orden a cubrir las necesidades de la Defensa Nacional. No debe extrañar por lo mismo que el problema que nos ocupa fuera una de los detonantes del cambio de modelo de Fuerzas Armadas que reflejará finalmente la Ley 17/1999.

Y todo ello, al margen ya de los distintos enfoques jurídicos que la cuestión de la exención de la mujer del deber del servicio de armas suscitaba, de lo que, por ejemplo, ofrece buena muestra la resolución del Defensor del Pueblo de no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 13/1991 por la supuesta infracción del artículo 14 de la Constitución española generada por su artículo 11.2 que, como antes vimos, exime a las mujeres del cumplimiento de este servicio (60), resolución que, en esencia, sostiene que el legislador no ha discriminado, sino que ha integrado a los dos grupos, hombres y mujeres, en el amplio concepto de la Defensa Nacional, asignándole a cada uno tareas diferenciadas coincidentes en su vértice por cuanto que el derecho y deber de defender a España, en lo que hace a la mujer, se traduce en la incorporación de ésta a los cuadros de mando profesionales y a la clase de tropa y marinería profesional (61).

En el periodo que estamos contemplando no cabe omitir una referencia, siquiera sea sumaria, al desarrollo reglamentario dado en algún aspecto a la Ley 17/1989.

El *Reglamento general de ingreso en los centros docentes militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo*, aprobado por Real Decreto 562/1990, de 4 de mayo, establecía en su artículo 3.3 que las condiciones físicas exigibles para el ingreso en estos Centros podían ser diferentes según fuera el aspirante a ingresar varón o mujer. En desarrollo de esta previsión, la Orden Ministerial 30/1991, de 4 de abril (*Boletín Oficial del Estado* de 10 de abril), procedía a establecer las pruebas de aptitud física para el ingreso en los Centros docentes militares de formación de los Cuerpos de Intendencia e Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas. En esta orden se establecían distintas pruebas físicas y diferentes registros para los hombres y mujeres aspirantes.

Sin embargo, una nueva Orden Ministerial, la número 42/1994, de 13 de abril (*Boletín Oficial del Estado* de 18 de abril), por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física por las que hablan de regirse los procesos selectivos para acceso a militar de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, cambiaba el sistema de calificación de las pruebas físicas, que ya no se puntuarían en función de las marcas logradas, sino que únicamente habían de servir para evaluar la aptitud de los aspirantes, con lo que las mujeres, que eran las más perjudica-

(59) BLANQUER, D.: *Ciudadano y soldado...*, p. 188, *opus citada*.

(60) Pueden verse los fundamentos de esta resolución del Defensor del Pueblo en el «Informe del Defensor del Pueblo relacionado con la Administración militar» (1992), segunda parte, en *REDEM*, pp. 395 y siguientes, en concreto, número 66, pp. 406-410. Julio-diciembre, 1995.

(61) Recordemos de igual forma que en su Auto número 246/1993, de 13 de julio, el Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, cuestión cuyo objeto era el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 (tipificador como delito de la negación del objeto de realizar la prestación social sustitutoria) y, «derivativamente», del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, al eximir a las mujeres del servicio militar obligatorio. Bien es verdad que la inadmisión se justifica en el desconocimiento en el planteamiento de la cuestión de las inexcusables condiciones de aplicabilidad de la norma y de relevancia de su constitucionalidad, imprescindibles para que la cuestión pueda ser admitida.

das por el sistema anterior (62), se hallaban ahora en condiciones de verdadera igualdad con los hombres en la puntuación final.

A su vez, la Orden de 17 de diciembre de 1997 (*Boletín Oficial del Estado* de 31 de diciembre), por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos selectivos para el ingreso directo en los centros docentes militares de formación para el acceso a las Escalas superior y media de los Cuerpos Generales de los Ejércitos y del Cuerpo de Infantería de Marina, así como a las Escalas superior y ejecutiva del Cuerpo de la Guardia Civil, exigía la superación de unas pruebas físicas comunes a ambos sexos, sin que los registros a realizar por las mujeres difirieran de los exigidos a los varones, señalándose para cada prueba física una marca o registro mínimo de necesaria superación para ser declarado apto. Ello suponía un cambio de sistema de evaluación de la aptitud más acorde, a nuestra entender, con las exigencias reales del principio de igualdad.

La culminación del proceso: la Ley 17/1999, de 18 de mayo

En el mes de junio de 1996, al poco de constituidas las Cámaras tras las elecciones generales de marzo de ese año, sendos acuerdos del pleno del Senado y de la mesa del Congreso de los Diputados formalizaban la creación de una Comisión Mixta Congreso-Senado de carácter especial, para establecer la fórmula y plazos para alcanzar la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas y, por ende, la desaparición del servicio militar obligatorio.

La Comisión así constituida aprobaba el 11 de mayo de 1998 su dictamen. El nuevo modelo de Fuerzas Armadas profesionales, a juicio de la Comisión, debía sustentarse, para satisfacer en plenitud las razones que lo motivaban, en una serie de principios generales, el primero de los cuales era el de la plena voluntariedad y profesionalidad de los componentes de las Fuerzas Armadas, sin discriminación de sexo, tanto en cuadros de mando como en tropa y marinería (63).

A partir de esos principios generales, el Gobierno elaboraba el proyecto de Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que se convertía finalmente en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (*Boletín Oficial del Estado* de 19 de mayo).

De la cuestión que nos ocupa se hacía eco el legislador ya en la misma Exposición de Motivos de la Ley. En el punto séptimo de la misma, tras reconocer que la legislación anterior abrió a la mujer las puertas de acceso a los Ejércitos, se precisa que:

«Es en ésta (legislación) donde el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los

(62) Acerca de tal sistema precedente, compárese MARTÍN PÉREZ, Á.: *La mujer y las Fuerzas Armadas*, en RAMÍREZ, M. (editor): *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, p. 585 y siguientes, en concreto, pp. 588-593. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

(63) Compárese al efecto, FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El nuevo régimen jurídico de la profesionalización de las Fuerzas Armadas: la Ley 17/1999, de 18 de mayo», de próxima publicación en el número 74 de la *REDEM*.

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.»

Esta enunciación de propósitos obliga, como el legislador reconoce, 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.

Varias son las novedades que encierra la Ley 17/1999 en relación con el tema del acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas.

La primera de ellas, sin ningún género de dudas, es la que en relación con las condiciones de acceso a la enseñanza militar acoge el artículo 63.4, norma que, tras reiterar como venía siendo tradicional 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, procede a regular de forma novedosa la situación de parto o embarazo que impidiera a una aspirante realizar las pruebas físicas establecidas en la convocatoria. En tal supuesto, la mujer embarazada realizará todas las demás pruebas, quedando la plaza que, en su caso, obtuviera condicionada a la superación de aquéllas, para lo cual la interesada podrá optar entre la fecha que, a estos solos efectos, se determine en la propia convocatoria, anterior a la de presentación de los admitidos en el centro militar de formación correspondiente, o la que, en su momento, se establezca para la siguiente convocatoria.

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

La ley prevé asimismo la pérdida del derecho a la plaza cuando la mujer embarazada no pudiera realizar las pruebas físicas en la fecha prevista para ello en la segunda convocatoria posterior a la que obtuvo la plaza, cualquiera que fuere la causa.

Supone esta fórmula legal, absolutamente satisfactoria a nuestro modo de ver, que por vez primera desde el inicio del acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, el embarazo ya no ha de quedar incluido dentro del cuadro médico de exclusiones a aplicar para el acceso a la enseñanza militar de formación, tal y como se venía incluyendo desde la Orden Ministerial de 23 de febrero de 1988, habilitando un sistema que permite a las aspirantes femeninas poder realizar todas las demás pruebas, obtener la plaza, en su caso, y conservarla hasta que superen las pruebas físicas dentro del plazo legalmente establecido.

Idéntica norma rige para las aspirantes a militar profesional de tropa y marinería que pudieran encontrarse en análoga situación (artículo 68 de la ley).

La nueva regulación es bastante más permisiva y creemos que respetuosa con la mujer que la precedente y casa mejor con las nuevas orientaciones normativas que en este ámbito se aprecian en los países de nuestro entorno occidental en los últimos años. Así, por ejemplo, mientras en Gran Bretaña con anterioridad a 1990 causaban baja las mujeres profesionales de las Fuerzas Armadas oficiales incluidas, tan pronto como quedaban

embarazadas, a partir de ese año se suprimió tal medida, concediéndose hasta 48 semanas de permiso por maternidad, bien que las últimas 34 sin sueldo (64).

Por lo demás, si la mujer que queda embarazada ostenta ya la condición de militar profesional, se le reconoce la posibilidad de que se le asigne un puesto orgánico adecuado a las circunstancias de su estado y distinto del que estuviere ocupando, siempre que medie una previa prescripción facultativa, y sin que ello pueda desencadenar la pérdida del destino que viniera desempeñando (artículo 132 de la ley). En los supuestos de parto o 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, en el bien entendido de que tampoco la aplicación de la normativa a estos supuestos desencadenará la pérdida del destino.

Otra novedad relevante, aunque en este caso sea por omisión legal, es la ausencia en la Ley 17/1999 de una norma como la del artículo 75.4 de la Ley 17/1989 que, como ya indicamos, en materia de provisión de destinos preveía que las normas de provisión de los mismos podrían establecer particularidades para la mujer derivadas de sus específicas condiciones fisiológicas.

La desaparición de una norma como la citada parece conducir a situar a la mujer en plena condición de igualdad con el varón en lo que hace a su posible acceso a cualquier destino, con independencia ya de que se trate de una unidad operativa o de combate. El último inciso del artículo 129.2 confirma esta interpretación cuando, tras señalar que entre los requisitos exigidos para ocupar determinados destinos podrán incluirse límites de edad o condiciones psicofísicas especiales, precisa que ello se hará sin distinción alguna por razón de sexo.

A este respecto, conviene hacerse eco de las incidencias producidas con ocasión de la segunda convocatoria de plazas de acceso a la condición de militar profesional de tropa y marinería llevada a cabo tras la entrada en vigor de la Ley 17/1999, por resolución número 452/38.454/1999, de 21 de septiembre, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa (*Boletín Oficial del Estado* de 29 de septiembre), de resultados de las cuales se puede corroborar cumplidamente la precedente interpretación.

En tal convocatoria de plazas de tropa profesional (7.500 plazas), las correspondientes a la Legión y a la Brigada Paracaidista seguían en un primer momento quedando vedadas a la mujer, al remitirse la resolución a lo establecido por la base 11.2 de la convocatoria, aprobada por resolución 5/1999, de 8 de enero, de la Subsecretaría del propio Ministerio (*Boletín Oficial del Estado* de 15 de enero), base que, de acuerdo con el artículo 25 del *Reglamento de Tropa y Marinería Profesionales de las Fuerzas Armadas*, ya comentado, excluía el personal femenino de los destinos de tipo táctico y operativo en Unidades de la Legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas, en relación con el Ejército de Tierra, aparte de las exclusiones ya referidas en relación con la Armada.

(64) Para un mayor detalle, compárese PRATS, R.: «La mujer en los escalones de tropa», en «La mujer en las Fuerzas Armadas» (documento monográfico), en *Ejército. Revista de las Armas y Servicios*, número 667, pp. 64 y siguientes. Noviembre, 1995.

La exclusión podía justificarse al ser la resolución de 8 de enero de 1999 anterior a la entrada en vigor de la Ley 17/1999, pero perdía todo apoyo legal tras la vigencia de la citada ley. Algún medio de comunicación (65) ponía de relieve el mantenimiento del trato diferencial de la mujer en la citada convocatoria del mes de septiembre, trato que parecía claramente contrario a las determinaciones legales, y ello entrañaba casi de inmediato una modificación de la resolución de 21 de septiembre, llevada a cabo por otra resolución de 6 de octubre (*Boletín Oficial del Estado* de 7 de octubre), por la que se dejaba sin efecto la vigencia de la base 11.2 en la convocatoria de plazas citada (66). Era la clara constatación de la plena vigencia del principio de igualdad en el acceso a todos los destinos.

En lo que respecta a las situaciones administrativas, el artículo 141.1e) de la nueva ley establece el pase a la situación de excedencia voluntaria por un periodo no superior a tres años de quienes lo soliciten para atender al cuidado de los hijos, algo a lo que tienen derecho tanto el padre como la madre, aunque no de modo simultáneo.

En lo sustancial, la regulación de esta cuestión es similar a la que a la misma dio la Ley 17/1989. Sin embargo, nos encontramos con una diferencia a destacar, que atañe a los efectos dimanantes del periodo de tiempo permanecido en esa situación. De acuerdo con la Ley 17/1989 (artículo 100.8), durante el primer año de excedencia voluntaria el tiempo permanecido en esta situación era computable al militar que se encontrara en ella por el supuesto de referencia a efectos de trienios y derechos pasivos, así como a efectos del cómputo del tiempo de servicios efectivos. Por el contrario, el artículo 141.9 de la Ley 17/1999 dispone que el tiempo permanecido en la situación de excedencia voluntaria por atención al cuidado de los hijos será computable a efectos de trienios y derechos pasivos, aunque no lo será en ningún caso a efectos del cómputo de tiempo de servicios. El trato, es evidente, resulta ahora mucha más beneficioso, pues el cómputo no se circunscribe al primer año de excedencia voluntaria, a efectos económicos, y por otro lado el periodo que se pase en esa situación no se computa a efectos del tiempo de servicios.

Es una obviedad señalar que la Ley 17/1999 perfila un modelo de Fuerzas Armadas profesionales que presupone el punto final de la obligación del servicio de armas para los varones, lo que lógicamente entraña obviar una situación que, como ya tuvimos oportunidad de exponer, era claramente discriminatoria para el varón.

Por lo demás, con la citada ley se culmina un largo, y no siempre fácil, proceso que ha conducido finalmente a la plena igualdad de la mujer en el acceso a la función pública militar, y por lo mismo, a la vigencia sin menoscabo alguno del derecho que el artículo 23.2 de la Constitución española, en conexión con el artículo 14, reconoce a todos los ciudadanos sin distinción de sexo, propiciando de esta forma que nuestro país se sitúe en un periodo de tiempo relativamente muy breve dentro de aquel grupo de países que cuentan con una legislación más avanzada en relación al acceso de la mujer a los Ejércitos, algo que exige ser valorado de modo muy positivo, puesto que no puede ignorarse además que ha sido implantado en una sociedad en la que no hace muchos lustros atrás arraigaban hondos prejuicios sociales respecto del *rol* que la mujer debía asumir socialmente.

(65) Tal fue el caso del diario *El País*, en su edición del día 5 de octubre de 1999, p. 32.

(66) La primera convocatoria de tropa profesional convocada tras la entrada en vigor de la Ley 17/1999 (publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 24 de junio) mantuvo el trato diferencial de la mujer para la Brigada Paracaidista y la Legión.

Quizá la mejor constatación no ya de la virtualidad de las normas legales, sino del propio cambio social experimentado en relación al tema que nos ocupa, la encontremos en el masivo acceso de la mujer a los Ejércitos. En abril de 1999 se podía constatar (67) el permanentemente creciente interés de las mujeres por las tropas profesionales, de lo que daba idea la existencia de 4.500 mujeres soldados y marineros profesionales, lo que suponía un 7% del total, porcentaje con tendencia a incrementarse si se tenía en cuenta el muy significativo dato del incremento progresivo del número de mujeres aspirantes a estas plazas de militares profesionales (68), dato que hacía presagiar que, paulatinamente, haya de aumentar el porcentaje de mujeres de tropa y marinería profesionales, algo que más lentamente bien puede proyectarse también hacia la oficialidad y suboficialidad. En definitiva, los cambios normativos parecen haberse implantado en un contexto social cada vez más favorable, lo que tiende a potenciar aún más los ya *per se* notables alcances que entraña el nuevo régimen legal.

(67) Compárese al efecto la revista *Fuerzas Armadas Profesionales* (Boletín Informativo de las Fuerzas Profesionales), número 21, p. 7 y siguientes. Abril, 1999.

(68) Mientras en 1998 el 16% de las solicitudes pertenecía a mujeres, en la primera convocatoria de 1999 ese porcentaje había ascendido hasta el 20,4%.