

Derechos Fundamentales y Fuerzas Armadas en la Unión Europea

Fabio Pascua Mateo

Letrado de las Cortes Generales.
Profesor de Derecho Administrativo (UCM)

SUMARIO

1. LAS FUERZAS ARMADAS EN LA UNIÓN EUROPEA
 2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN
 3. LA PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE EL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR—3.1. *El punto de partida: el [TEDH] como referencia obligada, que no priva, sin embargo, de un cierto margen de acción al tribunal de justicia*—3.2. *El Tribunal de Justicia y el principio de igualdad en las Fuerzas Armadas*—a) La igualdad en el acceso a las Fuerzas Armadas—b) Igualdad y servicio militar obligatorio—3.3. *La acción afirmativa en las fuerzas armadas*—a) La práctica en las legislaciones nacionales—b) Orígenes de la affirmative action—c) Su recepción en el derecho comunitario—3.4. *El derecho de petición*—a) Las peticiones en el ámbito de la Unión Europea—b) Su aplicación al ámbito militar
-

1. LAS FUERZAS ARMADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Como es notorio, las cuestiones relativas a la seguridad y defensa europeas han sido desde la creación de la Comunidad Económica en 1957, uno de los campos más reacios a aceptar el progresivo aumento de competencias y ámbitos de actuación de las instituciones comunitarias. Sólo a partir del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 puede hablarse, en rigor, de un proceso tímido aunque creciente de asunción de responsabilidades militares por parte de la Unión, circunstancia que viene a permitir la incursión que pretenden estas páginas sobre un aspecto específico pero, desde luego, no menor, como es la incidencia del derecho comunitario en la configuración del estatuto personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y, más en concreto, sobre su posición en relación con los derechos fundamentales. A tal fin, tras esbozar someramente la evolución y estado actual de las competencias comunitarias sobre seguridad y defensa, que permitirán comprender los márgenes jurídicos que delimitan la posible intervención comunitaria, haremos una referencia a la situación de los derechos fundamentales en relación con las instituciones de la Unión para pasar ya al régimen aplicable en el ámbito castrense, tanto desde una perspectiva general, como desde un análisis más detallado de algunas soluciones concretas que ya han tenido lugar respecto de algunas garantías específicas y que apuntan las notables posibilidades y desafíos que un eventual desarrollo futuro de la defensa común europea plantearía al efecto.

El origen de la situación actualmente vigente debe buscarse en el accidentado proceso de nacimiento de las propias Comunidades Europeas en la primera mitad de los años cincuenta. Bajo un punto de vista global, los impulsos europeístas de la posguerra, expresados en el Congreso Europeo de La Haya, impulsado y presidido por Winston Churchill en 1948, habían cuajado en el Consejo de Europa, creado por el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949, institución que pronto había de dar cobijo a un instrumento tan relevante para la Europa del derecho como es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, pero que resultaba insuficiente para las aspiraciones suscitadas. En el ámbito de la seguridad y la defensa, el bloque occidental europeo vio satisfechas sus necesidades de protección frente a la amenaza soviética por ese firme y eficaz escudo que ha sido la OTAN desde su creación en virtud del Tratado de Washington de 4 de abril de 1949. Al mismo tiempo, los Estados de este bloque que habían sufrido más directamente la agresión alemana –Gran Bretaña, Francia y los países del BENELUX– habían formalizado su voluntad de cooperación en la materia por medio de la Unión Occidental, surgida del Tratado de Bruselas de 17 de marzo de 1948. Sin embargo, pronto este escenario va

a quedar superado, no sólo por la vocación europeísta de una buena parte de los líderes políticos europeos, sino también por el hecho decisivo de la partición de Alemania en dos Estados antagónicos en 1949, con la consiguiente necesidad, derivada de la Guerra Fría, de integrar a la República Federal en el bloque de las democracias. Es sabido que el primer paso en este sentido lo da la exitosa creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), aprobada por el Tratado de París de 18 de abril de 1951 y puesta en marcha el 25 de julio de 1952. Sin embargo, lo que ahora nos importa es que el buen resultado de lo que no dejaba de ser un ensayo animó a los Gobiernos de Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo a intentar un objetivo mucho más ambicioso que resolviera los problemas apuntados. Por ello, el 27 de mayo de 1952 se firmó en París el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, del que eran parte los mismos Estados que integraban la CECA y que en líneas generales suponía la creación de un único Ministerio de Defensa y de unas Fuerzas Armadas continentales formadas con las aportaciones de los Estados miembros –con la única excepción de la República Federal de Alemania, cuyos efectivos debían quedar encuadrados en este ejército sin constituir unas Fuerzas Armadas nacionales propiamente dichas– y subordinadas a la OTAN. Sin embargo, el Tratado suscrito no había de llegar a entrar en vigor merced a la oposición que encontró en la Asamblea Nacional francesa, la cual, aunque no lo rechazó formalmente aplazó su ratificación indefinidamente en 1954¹. La crisis abierta por esta negativa se solventó desde el punto de vista de la integración europea con la aparición de la Comunidad Económica Europea tras el Tratado de Roma de 8 de marzo de 1957, mientras que el rearme alemán fue posible gracias a la finalización formal de la ocupación y la integración alemana en la OTAN y en la Unión Europea Occidental, organización defensiva surgida de la reforma de la Unión Occidental llevada a cabo por los Acuerdos de París de 23 de octubre de 1954, constituida por contingentes nacionales y bajo mando de la OTAN.

Los sucesos expuestos explican sobradamente cómo la política de defensa va a quedar fuera de las instituciones comunitarias, pues a la Comunidad Económica Europea, luego Comunidad Europea, se le priva de cualquier competencia que tenga relación, aun indirecta, con la seguridad nacional de sus Estados miembros. De hecho, aun hoy, con las importantes reformas llevadas a cabo por los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, son numerosas las cláusulas de salvaguardia que impiden una acción de la Comunidad –otra cosa es, como veremos, el pilar extra comunitario de la Política Exterior y de Seguridad Común– que afecte a las Fuerzas Armadas. Así, los arts. 30, 39.3, 46 y 58.1.b) establecen que los Estados miembros podrán

¹ El carácter decididamente supranacional de los órganos de esta Comunidad fue una de las razones que hicieron encajar un proceso de ratificación ya muy avanzado, puesto que sólo faltaban las de Francia e Italia. La desconfianza francesa hacia tan importante cesión de soberanía permitió la constitución de una circunstancial coalición entre gaullistas y comunistas que bloqueó la autorización en agosto de 1954. Acerca de este proceso, véase ARON, R. y LERNER, D., *La querelle de la CED*, Librairie Armand Colin, París, 1956.

imponer excepciones, respectivamente, a la libre circulación de mercancías, trabajadores, profesionales y capitales dentro de la Comunidad por razones de seguridad pública. Por su parte, el art. 296 faculta a los Estados miembros a no divulgar información cuyo conocimiento consideren perjudicial para su seguridad y a adoptar las medidas que estimen necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra, con la única salvedad de que las mismas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares. En fin, el art. 297 señala que los Estados miembros han de consultarse con el fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las provisiones que uno o varios de ellos se vean obligados a tomar, entre otros, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra o para hacer frente a sus obligaciones contraídas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. El Tribunal de Justicia ha sometido a un control estricto tales disposiciones, sobre todo las relativas a las cuatro libertades del mercado interior, que no fundamentan ningún principio general y han de ser proporcionadas al fin perseguido², mientras que para las excepciones de los arts. 296 y 297 los Estados disponen de un mayor margen de apreciación³. No obstante, el juego de todas ellas limita notablemente, como veremos, la intensidad de la actuación de las instituciones comunitarias en la política de seguridad de los Estados.

Ello no significa, desde luego, que la Unión Europea sea ajena a las cuestiones relativas a la defensa, toda vez que, según hemos apuntado, el Tratado de la Unión Europea de 1992, al crear dicha Unión constituya junto al pilar comunitario otros dos ámbitos de actuación que se configuran como el embrión de una eventual unión política futura, esto es, la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la cooperación policial y judicial, bien que, al excluirse la toma de decisiones y sus elementos institucionales del denominado método comunitario –con los efectos consiguientes de limitar el papel de la Comisión como impulsora de la agenda y como guardiana de los Tratados, del Parlamento Europeo como órgano colegislador y del Tribunal de Justicia como garante jurisdiccional del acervo de la Comunidad–

² STJCE de 10 de julio de 1984, *Campus Oil Limited c. Minister for Industry and Energy*, asunto C-72/83, párrafos 17 a 20. Asimismo, STJCE, de 15 de mayo de 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, asunto C-222/84.

³ STJCE de 16 de septiembre de 1999, *Comisión c. España*, asunto C-414/97. En dicha Sentencia se dice que «el Tratado sólo prevé excepciones aplicables a situaciones que pueden poner en peligro la seguridad pública en sus artículos 36, 48, 56, 223 y 224 del Tratado CE (actualmente artículos 30, 39, 46, 296 y 297 CE, tras su modificación), que se refieren a hipótesis excepcionales delimitadas», que éstos «artículos, por su carácter limitado, no se prestan a una interpretación extensiva» y que «por consiguiente, corresponde al Estado miembro que desea ampararse en estas excepciones aportar la prueba de que las exenciones no exceden de los límites de dichas hipótesis».

ambas esferas, y en particular la PESC, dado que el Tratado de Niza ha permitido incluir en el pilar comunitario buena parte de las materias que formaban parte del espacio de libertad, seguridad y justicia, han permanecido encuadradas dentro de una mera cooperación intergubernamental, en no pocos casos insuficiente para hacer frente a los nuevos retos que el paso del tiempo ha ido planteando a la Unión.

Centrándonos en los aspectos militares y dejando al margen lo relativo a la política exterior, los primeros pasos de la Unión se dirigieron a determinar a la Unión Europea Occidental, que en 1988 inició con el desminado del Estrecho de Ormuz su primera misión militar y se había visto ampliada con las incorporaciones de España y Portugal en 1990, a las que luego se sumó Grecia en 1995, como el marco institucional sobre el que basar una Europa de la Defensa. Así, en el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, tras establecerse que la Política Exterior y de Seguridad Común debería incluir la definición en el futuro de una política de defensa común que pudiera conducir en su momento a una defensa común, se acordó en el art. J.4.2 encargar a la UEO su ejecución, con la debida subordinación a los compromisos derivados de la OTAN. Por su parte, los Estados miembros de ésta suscribieron dos declaraciones en las que reconocían a esta organización su posición como componente de defensa de la Unión, animaban a sus integrantes a adherirse al Tratado de Bruselas modificado y proponían una coordinación entre ambas organizaciones. Además de ello, en junio de 1992 se definieron en el castillo alemán de Petersberg las misiones que podrían desempeñar, esto es, humanitarias y de rescate, y de mantenimiento y establecimiento de la paz (*peacekeeping* y *peacemaking*). Junto a estas disposiciones; en el seno de la OTAN, el Consejo Atlántico acordó en 1996 la constitución de una Identidad Europea de Seguridad y Defensa.

Con el tiempo, sin embargo, la Unión ha ido dando pasos para sustituir a la UEO y asumir directamente –sin perder el carácter intergubernamental– la política de defensa. Prueba de ello es el hecho de que el art. 17 del Tratado de la Unión Europea, en la versión redactada por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, preveía, con el fin de reforzar la Política Exterior y de Seguridad Común, la integración de esta organización en la Unión por decisión del Consejo Europeo, a la par que aludía, por primera vez en un Tratado constitutivo, a las misiones Petersberg. En desarrollo de esta disposición, el Consejo de Colonia de junio de 1999, resultado en buena medida del Acuerdo de Saint-Malo adoptado en diciembre del año anterior por Gran Bretaña y Francia, los Estados con las Fuerzas Armadas más poderosas de la Unión, acordó una disolución que ha sido parcial, puesto que, fuera del extinto Estado mayor militar, se mantienen ciertos órganos para desarrollar algunas funciones que aún no pueden ser asumidas por los Quince, básicamente la cláusula de defensa colectiva y el control parlamentario bajo la modalidad de un informe anual a la Asamblea, regulados respectivamente en los artículos V y IX del Tratado de Bruselas modificado. Mayor relevancia aún tuvo el inicio formal de la Política Europea de Seguridad y Defensa, limitada a las misiones Petersberg –en el Consejo de

Sevilla de junio de 2002 se añadió la lucha contra el terrorismo— mientras que una OTAN progresivamente ampliada con los Estados del antiguo bloque soviético continuaba siendo el fundamento de la defensa colectiva de sus miembros. La nueva redacción del art. 17 TUE, proporcionada por el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, en vigor desde el 1 de febrero de 2003, apunta al mantenimiento de este *status*, al configurar a la UEO como marco institucional para el desarrollo de una cooperación reforzada entre los Estados miembros. No obstante, el proceso de disolución progresiva de esta organización ha continuado, por cuanto en noviembre de 2000 sus integrantes acordaron en Marsella transferir sus competencias defensivas a la Unión, incluidos el Instituto de Estudios de Seguridad y el Centro de Satélites, mientras que en el Consejo de Laeken de diciembre de 2001 se declaró operativa la PESD y se ponía en marcha un Plan de Acción Europeo sobre Capacidades con el fin de disponer de una fuerza de acción rápida para poder desplegarse durante un período dilatado en los campos de operaciones que se designasen. Fruto de todo ello han sido las operaciones de mantenimiento de la paz que ha ido asumiendo la Unión —bien que en la mayor parte de los casos bajo la supervisión de la OTAN— a saber, Concordia en la Antigua República Yugoslava de Macedonia entre marzo y diciembre de 2003, Artemis, en la República Democrática del Congo entre junio y septiembre de ese mismo año, y Althea, en Bosnia-Herzegovina, desde el 2 de diciembre de 2004⁴.

Ésta es la situación vigente hasta estos momentos. El Proyecto de Tratado por el que se Instituye una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, incluye algunas novedades de interés, pero no puede calificarse precisamente de revolucionario, por cuanto en la mayor parte de los casos viene a formalizar los pasos expuestos, aunque dotándolos de la rigidez propia del derecho originario. Ante todo se definen de manera precisa las misiones que puede desempeñar la Unión en el marco de la PESD. El art. I-41.1 del Tratado establece concretamente que «La política común de seguridad y defensa forma parte integrante de la política exterior y de seguridad común. Ofrecerá a la Unión una capacidad operativa basada en medios civiles y militares. La Unión podrá recurrir a dichos medios en misiones fuera de la Unión que tengan por objetivo garantizar el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La ejecución de estas tareas se apoyará en las capacidades proporcionadas por los Estados miembros». Estos términos quedan precisados en el art. III-309.1, según el cual «Las misiones contempladas en el apartado 1 del artículo I-41, en las que la Unión podrá recurrir a medios civiles y militares, abarcarán las actuaciones conjuntas en materia de desarme, las misiones humanitarias y de rescate, las misiones de asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, las misiones de prevención de conflictos y de mantenimiento de la paz, las misiones en las que intervengan fuerzas de combate

⁴ Véase al respecto, AYALA, J. E. de, La política europea de seguridad y defensa, Política Exterior, núm. 104, marzo-abril 2005, pgs. 47 y ss.

para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos. Todas estas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio». Como puede comprobarse, no deja de ser una exposición sistemática de los ámbitos ya aceptados en los últimos años. Tampoco puede calificarse de novedosa la eliminación de la distinción entre pilares, puesto que las decisiones adoptadas quedan al margen del ahora denominado procedimiento legislativo ordinario, en virtud del cual la Comisión tiene la iniciativa y el Parlamento Europeo y el Consejo la decisión conjunta, por mayoría absoluta y mayoría cualificada respectivamente. En este caso, la casi totalidad de los acuerdos habrá de adoptarse por unanimidad del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión o de los Estados miembros (art. I-41.4). Al Parlamento Europeo le queda solamente una facultad de información y consulta periódicas (art. I-41.8) similar a la que disfrutaba hasta la fecha. En fin, queda excluida la jurisdicción del Tribunal de Justicia sobre este ámbito, de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo del art. III-376, de manera que, aunque nominalmente la política de seguridad y defensa se equipara a las que hasta el momento forman parte del pilar comunitario, en la práctica la situación quedará inalterada ante una eventual entrada en vigor del Tratado Constitucional.

Otro tanto debe decirse de la adopción de la decisión de crear una defensa común, que sigue necesitando de unanimidad en el Consejo Europeo y de ratificación por parte de todos los Estados miembros (art. I-41.2), procedimiento actualmente previsto en el art. 17.1 del TUE, así como respecto de la necesaria –y probablemente conveniente– compatibilidad entre la PESD y las obligaciones derivadas de la pertenencia a la OTAN de la mayor parte de los Estados miembros, así como de la política de neutralidad propia de otros como Austria, Finlandia o Irlanda.

Ello no significa que no aparezcan disposiciones nuevas. La más relevante es, desde luego, la cláusula de solidaridad y defensa mutua prevista en el art. I-41.7, en virtud del cual «si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas». Ahora bien, este enunciado general viene también con letra pequeña, de modo que se reiteran las salvaguardas del respeto al carácter específico de la política de seguridad y defensa de los Estados neutrales y del mantenimiento de la OTAN, para los Estados que formen parte de la misma, como fundamento de su defensa colectiva y organismo de ejecución de ésta. Algo menos condicionada aparece la cláusula de solidaridad en el caso de agresión terrorista, respecto de la cual el art. I-43 establece que la Unión movilizará todos los medios puestos a su disposición por los Estados miembros, incluidos los militares, conforme al procedimiento establecido en el art. III-329, es decir, acuerdo mayoritario del Consejo a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión y de la

Comisión, salvo que tenga repercusiones en el ámbito de la defensa en cuyo caso será necesaria la unanimidad.

Junto a la cláusula de protección mutua, el Proyecto de Tratado Constitucional contempla el reforzamiento de las capacidades militares de los Estados miembros, para lo que se prevé la creación de una Agencia Europea de Defensa, y de una cooperación reforzada en el ámbito de la Defensa. La Agencia Europea de Defensa, prevista en el art. I-41.3, se desarrolla en el art. III-312. Su finalidad es la investigación tecnológica en materia de armamentos, la propuesta de condiciones de armonización de los medios militares de los Estados miembros, la elaboración y desarrollo de proyectos concretos y el impulso de la actividad industrial necesaria para llevarlos a cabo, por lo que estamos, en definitiva, ante una entidad pública que pretende desarrollar una industria armamentística europea. Los estatutos, sede y forma de funcionamiento de la Agencia, que queda abierta a todos los Estados de la Unión que deseen participar, se determinarán por una decisión europea adoptada por el Consejo por mayoría cualificada, que tendrá en cuenta el grado de participación efectiva de cada país. Por su parte, la cooperación reforzada aludida en el art. I-41.6, en buena medida heredera de la diseñada en el art. J.4.5 del Tratado de Maastricht, actualmente regulada en el art. 17.4 del Tratado de la Unión Europea, queda abierta a los Estados que reúnan unas capacidades militares suficientes, tal y como éstas se definen en el Protocolo sobre la Cooperación Estructurada permanente, y manifiesten su voluntad de participar en ella⁵. Para su puesta en marcha se requiere el anuncio correspondiente de los Estados afectados al Consejo y al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión. El Consejo, previa consulta con éste, deberá adoptar en el plazo de tres meses por mayoría cualificada una decisión por la que se establezca la cooperación reforzada y se determine el número de países miembros. Posteriormente podrán sumarse nuevos Estados previo acuerdo por mayoría cualificada del Consejo en una votación en la que intervendrán exclusivamente los Estados que formen parte de la cooperación reforzada. En último término, la regulación específica de esta cooperación pretende facilitar su puesta en marcha, por cuanto se eliminan las muchas cautelas que pesan sobre el régimen común de las cooperaciones reforzadas, previstas como último recurso, con un mínimo de partícipes de un tercio de los Estados miembros de la Unión y previa autorización del Consejo por unanimidad. No obstante, su funcionamiento no se antoja ni mucho menos sencillo, toda vez que el art. III-312.6 exige unanimidad de sus integrantes para la adopción de decisiones europeas y de recomendaciones del Consejo en el marco de la misma, complicación que queda consagrada por la exclusión de las decisiones que tengan repercusiones militares

⁵ Nos referimos al protocolo 23, cuyo art. 1 exige que los Estados que pretenden acceder a esta cooperación reforzada se comprometen a desarrollar sus contribuciones, participar, en su caso, en fuerzas multinacionales, así como con las actividades de la Agencia Europea de Defensa, y, sobre todo, a estar en condiciones de aportar, a favor en 2007, bien a título nacional, bien como componente de grupos multinacionales de combate específicos, configurados como una agrupación fáctica [sic].

o en el ámbito de la defensa de la llamada cláusula pasarela establecida en el art. III-422. Se trata de una disposición que permite que, cuando una disposición aplicable a una cooperación reforzada prevea que un acuerdo del Consejo requiera unanimidad, éste pueda rebajar dicho quórum a mayoría cualificada por el voto favorable de todos sus miembros. Sin embargo, tal y como acabamos de apuntar, el apartado 3 de dicho precepto excluye que este procedimiento pueda aplicarse a la PESD.

Podemos concluir este repaso destacando cómo la última década ha sido testigo de un notable desarrollo de la acción de la Unión en el ámbito militar, que parece presagiar una futura, aunque lejana, defensa común europea que situaría a las cuestiones militares, y entre ellas las relativas al estatuto personal de quienes integren dicha defensa, en el primer plano de las preocupaciones de las instituciones comunitarias y de la doctrina interesada en la materia. Con todo, la situación actual mantiene serias restricciones a las competencias de la Unión, derivadas tanto de la falta de título específico como de las exclusiones expresas antes mencionadas⁶, que limitan la incidencia de la normativa comunitaria y de la jurisprudencia dictada en aplicación de ella a cuanto se refiera a las Fuerzas Armadas. No obstante, la interpretación estricta de tales exclusiones y, sobre todo, la intensidad indudable de la actuación de la Unión hacen que, como vamos a tener ocasión de comprobar, podamos hablar ya de sectores concretos en los que los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas resulten afectados por la normativa comunitaria, apuntando soluciones que quizá dentro de unos años puedan servir de guía a una actividad legislativa más profunda al respecto.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN

Resuelta la cuestión relativa a las competencias de la Unión en materia de seguridad y defensa, toca un apunte somero sobre un tema de lógica actualidad doctrinal como es la relación entre derechos fundamentales y derecho comunitario, que nos va a permitir cerrar las coordenadas en las que se enmarca la acción de este ordenamiento sobre las libertades públicas en el ámbito militar. En el derecho comunitario, la preocupación por la garantía de los derechos fundamentales arranca de antiguo, si bien, al menos en un primer momento, por una vía puramente pretoriana y con una finalidad muy concreta⁷, puesto que es el Tribunal de Justicia el que progresivamente

⁶ Tales exclusiones se reproducen en lo esencial en el Proyecto de Tratado Constitucional, que las menciona en términos muy similares a los actuales en sus arts. III-133.3, III-140, III-154, III-158.1.b) y III-436.

⁷ Se ha apuntado como causa inmediata de esta preocupación la búsqueda de legitimidad del Tribunal al principio de primacía del derecho comunitario puesto en cuestión por algunos Tribunales Constitucionales nacionales –singularmente los de Alemania e Italia– precisamente con ocasión de la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en sus respectivas constituciones. Véase WEILER, J., *Europa, fin de siglo*, CEC, Madrid,

va a afirmar que los derechos fundamentales, aunque no están recogidos en los Tratados constitutivos, sí forman parte del derecho originario en tanto principios generales del derecho⁸ deducibles de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁹. Casi de inmediato acudió a una fuente complementaria para deducir los derechos aplicables, como es el Convenio de Roma de 1950¹⁰. El ámbito afectado por el límite que suponen tales derechos, inicialmente restringido a la actuación de las Instituciones comunitarias, se amplía desde 1989 a los Estados miembros, eso sí, sólo en tanto apliquen derecho comunitario¹¹ o impongan alguna limitación a las libertades comunitarias¹².

Esta jurisprudencia se va a ir formalizando progresivamente hasta alojarse expresamente en los Tratados en los que la referencia a los derechos fundamentales en general y a ciertos derechos concretos que forman parte de la ciudadanía europea es creciente. Ya en 1977 las principales Instituciones comunitarias se comprometieron en el ejercicio de sus competencias a respetar «los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como de la CEDH»¹³. No mucho después, el Acta Única incluye en su preámbulo la decisión de los Estados contratantes de «promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social».

Pero son las revisiones posteriores, esto es, los Tratados de Maastricht de 7

1995, pg. 33 y AGUIAR DE LUQUE, L., Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea, Cuadernos de Derecho Público, núm. 18, enero-abril 2003, pg. 177.

⁸ La primera vez que el Tribunal sostuvo la inserción de los derechos fundamentales dentro de los principios generales del derecho comunitario fue en la STJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder c. Ciudad de Ulm*, asunto 29/69, párrafo 7, en la cual, no obstante, no se detalla de dónde inducirlos.

⁹ STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto 11/1970, párrafo 4. De manera harto elocuente, la cita de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros se produce inmediatamente a continuación de que el Tribunal rechace la posibilidad de someter las normas del derecho comunitario a control por infracción de los derechos constitucionalmente reconocidos en un Estado miembro.

¹⁰ STJCE de 14 de mayo de 1974, *Nold KG c. Comisión*, asunto 4/1973, párrafo 13, donde sólo habla de forma genérica de las declaraciones internacionales de derechos en cuya redacción los Estados miembros hayan colaborado o que hayan firmado.

¹¹ STJCE de 13 de julio de 1989, *Wachauf c. Alemania*, asunto 5/1988, párrafo 19.

¹² STJCE de 18 de junio de 1991, *Elleniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissi y Sotirios Kouvelas*, asunto 260/89, párrafos 42 y 43.

¹³ Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales de 5 de abril de 1977. Sobre la evolución del derecho comunitario en estos primeros tiempos puede consultarse LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.

de febrero de 1992, de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 y de Niza, de 26 de febrero de 2001, los que introdujeron en el derecho originario positivo la tesis acuñada por el Tribunal de Justicia. La fórmula inicial la aporta el art. F.2 del Tratado de la Unión Europea de 1992 que establece que «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario», pero al tiempo excluye este precepto de las disposiciones a las que afecta la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia (art. L). El Tratado de Ámsterdam, que no se ha visto sustancialmente alterado por el de Niza en este punto, además de incluir en su art. 6.1 una referencia bien expresiva al fundamento de la Unión «en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros»¹⁴, incorpora el ahora art. 6.2 al ámbito de actuación de la jurisdicción de Tribunal de Justicia. Junto a este principio general, el Tratado de Maastricht introdujo, y los siguientes han mantenido con retoques menores una ciudadanía europea (arts. 8 y ss) a la que se anudaban los derechos de circulación y residencia, de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, de protección diplomática en terceros países en los que el Estado del que sea nacional no mantenga representación y de petición ante el Defensor del Pueblo Europeo.

Todos estos precedentes adquieren una cualificación superior con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Elaborada por una Convención específica y proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000¹⁵, aunque sin otorgarle eficacia jurídica, ha sido incorporada como Parte II al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, con el fin de establecer los derechos de que gozan los ciudada-

¹⁴ Art. 6.1 TUE. Hasta tal punto se lleva dicho fundamento que el art. 7 permite suspender en sus derechos a aquellos Estados en los que se aprecie una violación grave y persistente de dichos principios.

¹⁵ Sobre el proceso de gestación de la Carta, puede leerse REVUELTA, I., Una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea, *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, núm. 58, segundo trimestre 2000, pgs. 125 y ss. Algunos problemas jurídicos derivados de la misma se tratan en ALONSO GARCÍA, R., El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, mayo-agosto 2001, pgs. 13 y ss. En fin, un comentario sistemático se encuentra en RUBIO-LLORENTE, F., *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*, La encrucijada constitucional de la Unión Europea, dir. por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Colegio Libre de Eméritos – Civitas, Madrid, 2002, pgs. 113 y ss. Puede también encontrarse en REDC, núm. 64, enero-abril 2002, pgs. 13 y ss. Asimismo, merece mención MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Dos notas sobre la Carta, La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, dir. por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Colegio Libre de Eméritos – Civitas, Madrid, 2002, pgs. 183 y ss.

nos europeos frente a las instituciones comunitarias y frente a los Estados miembros cuando apliquen derecho comunitario (art. II-111.1 del Proyecto de Tratado¹⁶). Todo ello sin perjuicio, además, de que la propia Unión se adhiera en el futuro, como tal, al Convenio de Roma de 1950, tal y como se prevé en el apartado 2 del art. I-9 del Proyecto de Tratado Constitucional¹⁷.

En estos momentos, aun sin la ratificación y entrada en vigor del Tratado Constitucional, la Carta ya goza de cierta eficacia jurídica, al menos como canon interpretativo aceptado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁸, incluso por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros. Así, en Italia el Tribunal Constitucional ha mencionado la Carta en diversas Sentencias, incluso en relación con derechos fundamentales de los militares, como ocurre con la 445/2002¹⁹, relativa a la constitucionalidad de la exigencia tradicional de este país de que los militares permanezcan solteros al inicio de su actividad y durante los primeros cuatro años de ejercicio profesional, sobre la que volveremos más adelante. En España, sin llegar a ser aplicada en el ámbito militar, es ya sabida su invocación por el Tribunal Constitucional a la hora de delimitar el derecho constitucional a la protección de datos personales, tarea afrontada por la STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.J. 8, así como a la de definir el derecho de asilo, de lo que se ocupó, por su parte la STC 53/2002, de 27 de febrero, en cuyo fundamento 3.b se alude a la Carta para explicar que la conexión entre aquél y el control de la inmigración y la seguridad no se hace a costa del primero, sino partiendo de su necesaria vigencia.

3. LA PROYECCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE EL ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR

3.1. El punto de partida: el TEDH como referencia obligada, que no priva, sin embargo, de un cierto margen de acción al tribunal de justicia

Pasando ya al régimen de los derechos en las Fuerzas Armadas, debe adelan-

¹⁶ La compatibilidad de este precepto con la Constitución ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en su DTC 1/2004, de 13 de diciembre, sin que hayan faltado, no obstante, algunas opiniones discrepantes formalizadas en tres votos particulares firmados respectivamente por los magistrados Delgado Barrio, García-Calvo y Rodríguez Arribas.

¹⁷ Previsión desarrollada en cuanto a sus condiciones en el Protocolo 32, anejo al Proyecto de Tratado Constitucional, sobre el apartado 2 del artículo I-9 de la Constitución relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

¹⁸ Así el Tribunal de Primera Instancia ha citado el derecho a una buena administración recogido en el art. 41 de la Carta en STPI de 13 de enero de 2004, JCB Service c. Comisión, asunto T-67/01, párrafo 36, como fundamento que ratifica el principio general del derecho comunitario de la observancia de un plazo razonable en la resolución de procedimientos administrativos en materia de política de competencia, por lo demás ya anteriormente proclamado por el propio Tribunal.

¹⁹ Sentencia de 24 de octubre – 12 de noviembre de 2002, núm. 445, FJ 3. La expresa invocación de la Carta como criterio interpretativo de preceptos constitucionales no ha

tarse que, tanto las disposiciones vigentes, como la Carta y el Proyecto de Tratado Constitucional van a reconocer una posición preeminente a la jurisprudencia que produzca el TEDH a la hora de configurar el marco específico de vigencia de los derechos fundamentales en éste y otros sectores, lo que, sin embargo, no ha impedido que las instituciones comunitarias, y de modo más acusado el Tribunal de Justicia, hayan podido desplegar una acción propia en algunos derechos, sustancialmente el principio de igualdad ante la Ley y el derecho de petición. Esta situación proviene del hecho de que la Carta, y este calificativo no debe entenderse ni mucho menos como portador de ningún matiz peyorativo, es mucho menos original de lo que a primera vista parece. En efecto, los sucesivos párrafos del art. II-112 del Proyecto de Tratado Constitucional se encargan de aclarar que cuando ésta recoja algún derecho reconocido en el Convenio de Roma, su sentido y alcance será el mismo que los que éste le confiere, sin perjuicio, eso sí, de que la Unión pueda prescribir una protección superior²⁰. Por otro lado, si el derecho fundamental estudiado resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, su interpretación debe hacerse en armonía con las mismas, circunstancia que hace muy oportuno el estudio comparado, que se abordará someramente en páginas sucesivas para algún caso concreto, sobre la existencia e intensidad de restricciones a ciertos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas. En fin, novedad de última hora incorporada en la segunda Convención, se ha dado validez, como criterio interpretativo de la Carta, a las explicaciones actualizadas elaboradas bajo la dirección del presidente del Grupo II y con el refrendo del *Praesidium* de la Convención²¹, explicaciones que con toda frecuencia sostienen el idéntico alcance y extensión de libertades concretas con las garantizadas en el Convenio, singularmente, por cuanto contienen menciones expresas al régimen específico de los militares, las libertades de expresión e información, así como los derechos de reunión, manifestación y asociación de los arts. II-71 y II-72.

Podemos comprobar los efectos de tales explicaciones sobre los citados derechos. Con relación a las libertades de opinión e información, el art. II-71.1 las reconoce en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión

pasado desapercibida en la doctrina italiana en tanto expresión de un principio de protección a distintas escalas de los derechos fundamentales. Véase TEGA, D., *L'addio al celibato (e nubilito) dei militari*, *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XLVII – 2002, novembre-dicembre, fasc. 6, pg. 3657.

²⁰ Resulta, sin embargo, un tanto confuso el sentido de esta redacción que no resulta tampoco aclarado por las explicaciones interpretativas. Véase algún esfuerzo al respecto en WEBER, A., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero-abril 2002, pgs. 89 y ss.

²¹ Véase tanto el Preámbulo específico de la Carta como el art. II-112.7 cuyo tenor literal es el siguiente: «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros». El texto de las explicaciones aparece en el Documento CONV 828/1/03, Bruselas, 18 de julio de 2003.

y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». El apartado 2 declara, por lo demás, que se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. Se trata de una fórmula amplia que, sin embargo, viene restringida en tanto que tales explicaciones afirman taxativamente que «en virtud del apartado 3 del artículo 52 de la Carta, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH y las limitaciones de que puede ser objeto este derecho no pueden por lo tanto sobrepasar las establecidas en el apartado 2 de su artículo 10». Pues bien, el mencionado art. 10 del Convenio, en su apartado 2, dispone que «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Este inciso le ha servido al TEDH de base para determinar la legitimidad de algunas restricciones establecidas por los Estados siempre que se encuentren previstas en una Ley clara y comprensible por sus destinatarios aun con la asistencia jurídica de un abogado, respondan a un fin legítimo, como lo son el mantenimiento de la disciplina y capacidad operativa de las Fuerzas Armadas, así como su neutralidad política, y resulten necesarias en una sociedad democrática por dar solución a una necesidad social imperiosa y ser proporcionadas al fin perseguido. En aplicación de estos principios, se ha declarado la corrección, entre otros supuestos, de la imposición de sanciones a militares que han divulgado datos conocidos en razón de su cargo²², que, amparándose en su superior empleo han intentado hacer proselitismo religioso entre sus subordinados²³, que han distribuido escritos críticos hacia los mandos en un cuartel generando una situación peligrosa para la disciplina²⁴, o incluso la prohibición de plano del derecho de sindicación²⁵ para los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía²⁶. Otro tanto sucede con

²² STEDH de 16 de diciembre de 1992, caso Hadjianastasiou contra Grecia.

²³ STEDH de 24 de febrero de 1998, caso Larissis y otros contra Grecia.

²⁴ STEDH de 8 de junio de 1976, dictada en el caso Engel y otros contra Países Bajos.

²⁵ STEDH de 20 de mayo de 1999, caso Rekvényi contra Hungría.

²⁶ Debe quedar claro que el TEDH no ha resuelto sólo a favor de los Estados. Antes al contrario, son numerosos los pronunciamientos en los que ha resultado vencedor el demandante. Así, la STEDH de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades* contra Grecia, declara la vulneración del Convenio por la sanción impuesta a un militar que había entregado una carta privada a un superior en la que se vertían fuertes críticas contra la institución militar, sobre la base de que, al no habersele dado publicidad, no era susceptible de minar la disciplina. La STEDH, de 19 de diciembre de 1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs* y Gubi contra Austria, condena a este país por haber tratado de forma discriminatoria a una revista militar que contenía artículos críticos e incluso satíricos contra el mando. En fin, al margen de la libertad de expresión, la STEDH de 29 de septiembre de 1999, caso *Smith y Grady* contra el Reino Unido, declara la vulneración del

el derecho de asociación reconocido a todas las personas en el art. II-72 del Proyecto de Tratado Constitucional y equiparado por las explicaciones de la Secretaría al art. 11 del Convenio, cuyo párrafo 2 establece que «el presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado».

Todo ello incide naturalmente en una menor influencia del derecho comunitario y del Tribunal de Justicia, órgano encargado de supervisar jurisdiccionalmente el respeto a los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, en la delimitación de la legitimidad de las especialidades que algunas garantías vengán a sufrir en el régimen jurídico de las Fuerzas Armadas. Con todo, las Sentencias de Luxemburgo no van a ser irrelevantes, sino que incluso, en aspectos concretos como el derecho a la igualdad en el acceso a las Fuerzas Armadas en el que el principio de no discriminación por razón de sexo ha generado una cierta actividad a partir, no de la Carta, pero sí de disposiciones concretas de los Tratados vigentes, asume un protagonismo indudable que, es previsible, alcanzará mayor desarrollo en el futuro, sobre todo en aquellos derechos no protegidos por el Convenio.

Las líneas generales que van a informar la actuación de la Unión a este respecto quedan plasmadas en la Carta, que viene a cristalizar lo que por vía jurisprudencial se ha convertido en un principio general del derecho comunitario. Ésta, aunque no recoge una mención explícita a los militares en ninguno de los derechos que enuncia, contiene una cláusula general de limitación de los derechos reconocidos en la misma, que aparece en lo esencial en el art. II-112.1 del Tratado. En dicho precepto aparece en primer término una reserva de Ley (que habrá de entenderse europea o estatal, según los casos), acompañada de una mención a la salvaguarda del contenido esencial del derecho afectado, y del respeto al principio de proporcionalidad, conforme al cual «sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Como resulta obvio, es la misma fórmula empleada en preceptos como los arts. 8, 10 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la experiencia extraída de la jurisprudencia del TEDH permite suponer con fundamento su uso en este ámbito.

Por lo que se refiere a las directrices de la jurisprudencia comunitaria, puede destacarse, sin perjuicio de lo que detallaremos en breve, que el Tribunal de Justicia ha admitido²⁷ que se excepcione la aplicación del derecho comunitario –y en concreto el principio de no discriminación por razón de sexo– cuando lo exija la seguridad pública de los Estados miembros, dentro

derecho a la intimidad por la investigación y separación consecuente del servicio acerca de la orientación sexual de dos miembros del Ejército británico.

²⁷ Son fundamentales a este respecto las SSTJCE de 26 de octubre de 1999, *Sirdar c/ The Army Board, Secretary of State for Defence*, asunto C-273/97 y de 11 de enero de 2000, *Kreil c. Alemania*, asunto C-285/1998.

de la que vienen a incluirse tanto la interior como la exterior y por ende las Fuerzas Armadas, a las que se reconoce una naturaleza especial²⁸. No obstante, dicha excepción no es general, por cuanto ello chocaría con las exigencias uniformidad que imponen los Tratados, sino que el margen de apreciación concedido a las legislaciones nacionales se encuentra matizado por el respeto al principio de proporcionalidad, que goza de la condición de principio general del derecho comunitario y que «exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate»²⁹. Nuevamente, de modo similar a lo que hemos visto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, legitimidad del fin perseguido y necesidad y adecuación de la medida adoptada se convierten en parámetros con los que examinar una restricción concreta a un derecho fundamental, también en el marco del derecho comunitario.

En todo caso, conviene resaltar, como se ha hecho respecto de otras declaraciones de derechos, que la Carta también incorpora una cláusula de estándar mínimo de protección en su art. II-113, en virtud de la cual ninguna de sus disposiciones «podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». Aparece de esta manera un criterio interpretativo novedoso para el Tribunal de Justicia que le impone respetar, frente a la finalidad armonizadora que generalmente informa al derecho comunitario, una regulación eventualmente más «generosa» contenida en los derechos nacionales que podría llegar a desplazar en su caso a la norma comunitaria³⁰. Más aún, y recapitulando lo ya dicho, a pesar de que hasta la fecha no ha habido sino actuaciones casuísticas, reflejo de los principios generales del derecho comunitario, la efectiva asunción de responsabilidades militares por parte de la Unión, que pueda producirse en años venideros, así como la eventual entrada en vigor de la Carta, han de brindar consecuencias más que relevantes en esta materia, probablemente incluso con mayor intensidad que lo sucedido con la jurisprudencia de Estrasburgo.

3.2. El Tribunal de Justicia y el principio de igualdad en las Fuerzas armadas

Que el derecho comunitario no queda al margen de los derechos de los

²⁸ STJCE de 11 de enero de 2000, caso Kreil, párrafo 28.

²⁹ SSTJCE, caso Sirdar, párrafo 26 y Kreil, párrafo 23.

³⁰ Algún autor ha señalado que aunque esta cláusula no impone al Tribunal adoptar la legislación más favorable al derecho controvertido, deberá optar por esta solución si

miembros de las Fuerzas Armadas lo prueba, sobre todo, su muy directa incidencia en relación con el principio de no discriminación, especialmente en su vertiente de igualdad entre hombre y mujer, que aparece como objetivo de la Comunidad en el art. 2 del Tratado de la Comunidad Europea, de tal modo que ha de informar todas las políticas contempladas en el art. 3 (art. 3.2) y que despliega efectos más intensos en la política social tal y como se establece en el art. 137.1.i). Por su parte, el art. 141.3 otorga a la Comunidad competencias normativas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Con mayor rotundidad, el art. 141.4 dispone que, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembros mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. Como resulta obvio, no se consagran en este apartado medidas específicas, sino que se autoriza a los Estados miembros, en uso de su autonomía, a optar por las soluciones que consideren más convenientes sin que, en principio se les considere contrarias al derecho comunitario.

Ambos preceptos, introducidos en virtud del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que, por medio de su Declaración número 28, recuerda que los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral, han servido de base a una legislación compuesta básicamente³¹ por la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, ampliamente reformada por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo³². En ella se establece un principio de no discriminación, directa o indirecta, que supone la nulidad de todas aquellas regulaciones legales o previstas en convenios colectivos o estatutos profesionales que atenten contra la igualdad de trato, tanto en el acceso a una profesión como en la promoción interna o las condiciones de trabajo. Como excepciones, de gran importancia jurisprudencial como veremos a continuación, los apartados 2 y 4 del art. 2 permiten

no quiere verse desplazado por ella. Véase ALONSO GARCÍA, R., *El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit., pg. 43.

³¹ No deben, tampoco, olvidarse disposiciones como la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

³² Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Texto pertinente a efectos del EEE).

a los Estados, respectivamente, excluir del ámbito de aplicación de la directiva las actividades profesionales para las que el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o condiciones de ejercicio y adoptar las medidas encaminadas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres. Por su parte, la Directiva 2002/73/CE tiene por objeto reformar la 76/207/CEE para incluir una definición de lo que se entiende por discriminación directa e indirecta, reforzar la negociación colectiva como mecanismo para eliminar situaciones de desigualdad, incluida la que tenga lugar con organizaciones exclusivamente femeninas, y enumerar las situaciones de acoso y acoso sexual dentro de las formas de discriminación. Mantiene, por lo demás, la autorización a los Estados de adoptar medidas de acción afirmativa a favor de los grupos menos representados. Por último, conviene tener en cuenta que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye en su Título III «Igualdad», un art. 23 «Igualdad entre hombres y mujeres», de acuerdo con el cual ésta «será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución», añadiéndose a continuación que el principio de igualdad «no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

Por lo que a nosotros nos interesa, el elemento relevante es el art. 2.2, el cual, como acabamos de señalar, establece que la Directiva no obsta a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio y a las condiciones de trabajo. Este precepto ha permitido al Tribunal de Justicia entrar a conocer de diversos asuntos relacionados con algunas manifestaciones concretas del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de las Fuerzas Armadas y, más en concreto, la igualdad en el acceso a la profesión militar y la posibilidad de que exista una discriminación en razón de la imposición exclusivamente masculina del deber de prestar el servicio militar, cuestiones a las que nosotros vamos a añadir la eventual compatibilidad con el derecho comunitario de algunas medidas de lo que se ha dado en llamar acción afirmativa.

a) *La igualdad en el acceso a las Fuerzas Armadas*

El acceso en condiciones de igualdad a las Fuerzas Armadas de hombres y mujeres es el núcleo central sobre el que el Tribunal de Justicia ha desplegado su acción. Concretamente, puede darse cuenta de una serie de Sentencias en las que, tras destacar que las excepciones a la aplicación del derecho comunitario de las que nos hemos hecho eco anteriormente no son incondicionales y están sujetas a control, viene a delimitar los requisitos que ha de reunir una desigualdad entre hombres y mujeres para resultar compatible con el derecho comunitario. Un primer precedente, no plenamente identi-

ficable con el ámbito militar, pero que, dadas las circunstancias concretas del caso, se aproxima bastante, es la Sentencia dictada en el asunto Johnston en 1986, ya mencionada, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social (*Industrial Tribunal*) de Belfast acerca de la compatibilidad con el derecho comunitario de la negativa a renovar el contrato de una mujer en la reserva de las fuerzas de policía británicas (*Royal Ulster Constabulary*) desplegadas en el Ulster, alegando que, debido a la proliferación de actos terroristas en la zona, permitir a las mujeres el uso de armas de fuego incrementaría el riesgo de que se convirtieran en blanco de asesinatos. El Tribunal entendió que las circunstancias concurrentes justificaban la decisión de la autoridad británica, pero abrió una puerta para futuras reclamaciones al señalar que las desigualdades por razón de sexo introducidas para la salvaguarda de la seguridad pública deben ser examinadas a la luz de la Directiva 76/207/CEE y que las excepciones que regula su art. 2.2, al constituir una limitación a un derecho fundamental, han de ser objeto de una interpretación restrictiva³³.

Ya directamente relacionada con las Fuerzas Armadas se encuentra la Sentencia dictada en 1999 en el caso Sirdar³⁴. Angela Maria Sirdar, cocinera desde 1983 del personal de tierra del Ejército de Tierra británico y, desde 1990, en un regimiento de operaciones especiales en la artillería real, fue despedida por razones económicas en 1994, con efectos desde el año siguiente, en un proceso que afectó a otros quinientos individuos. En julio de 1994, los Royal Marines le ofrecieron por carta un puesto de trabajo previa la superación del correspondiente proceso selectivo y un curso de operaciones de comandos. Sin embargo, al comprobar que la afectada era mujer, le informaron de que no podían aceptar su candidatura debido a la política de exclusión de mujeres de este cuerpo del Ejército. La Sra. Sirdar recurrió ante el Juzgado de lo Social, el cual planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, resuelta por la citada Sentencia. En ella el Tribunal, tras reproducir su doctrina acerca del limitado ámbito de acción de las excepciones al Tratado basadas en razones de seguridad pública, declara que, si bien es competencia de los Estados determinar las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, de ello no se deduce que éstas queden totalmente excluidas de la aplicación del Derecho Comunitario, sobre todo en los casos de las disposiciones sociales –entre las que se encuentra la Directiva sobre igualdad de trato– dado que en los Tratados no hay una cláusula de salvaguardia similar a las ya expuestas. Solamente, por tanto, en casos excepcionales, justificados por la naturaleza específica de los empleos de que se trate o por las condiciones especiales de su ejercicio, es admisible una discrecionalidad a favor de los Estados miembros para decidir acerca de su apertura o no a ambos sexos que, en todo caso, ha de superar un juicio de proporcionalidad entre la ablación de derechos causada y el fin perseguido, de modo que aquélla pueda considerarse adecuada

³³ Párrafos 26 a 28 y 36, respectivamente.

³⁴ STJCE de 26 de octubre de 1999, *Sirdar c/ The Army Board, Secretary of State for Defence*, asunto C-273/97.

y necesaria³⁵. En el caso concreto, la Administración británica alegó razones de interoperabilidad. En efecto, se argumenta que la organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las Fuerzas Armadas británicas, de las que constituyen su «punta de lanza». Se trata de una fuerza, de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea, en la que los cocineros también deben intervenir como soldados de armas. Debido a estas circunstancias, y dentro del citado margen de discrecionalidad de los Estados, la Sentencia acepta que la reserva a de estos destinos a los varones no resulta desproporcionada y se mantiene dentro de los márgenes de la Directiva.

El cerco se iba estrechando, de tal modo que en la siguiente resolución el Tribunal de Justicia se pronunciará ya en contra de la legislación nacional. Estamos hablando de la Sentencia dictada en el caso Kreil contra la República Federal de Alemania³⁶, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Hannover. La demandante, Tanja Kreil, había visto rechazada su candidatura para ingresar en las Fuerzas Armadas Federales (*Bundeswehr*), en el servicio de mantenimiento, rama de electromecánica de armas. La Ley Fundamental de Bonn de 1949, disponía en su art. 12a.4 que bajo ningún concepto las mujeres podían desempeñar servicios que implicasen el uso de armas, previsión reproducida en el art. 1.2 de la Ley del personal militar (*Soldatengesetz*), de 19 de agosto de 1975, de modo que las mujeres únicamente podían acceder a puestos secundarios en el Ejército –Cuerpos de Música y de Sanidad– y éstos sólo desde la aprobación de esta última norma. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, tras dar cuenta y confirmar la jurisprudencia sentada en los casos Johnston y Sirdar, concluye que la generalidad de la excepción impide su compatibilidad con la Directiva 76/207/CEE, ya que, incluso en los servicios en que se admite la presencia femenina no falta una iniciación en el manejo de las armas, destinada a permitir a quienes los desempeñan defenderse y socorrer a otras personas. Por lo tanto, incluso teniendo en cuenta el margen de apreciación reconocido a los Estados, «las autoridades nacionales no han podido considerar de modo general, sin vulnerar el principio de proporcionalidad, que la composición de todas las unidades armadas de la Bundeswehr debía seguir siendo exclusivamente masculina»³⁷.

Por otro lado, casi tan importante como la propia Sentencia ha sido el modo en el que ha reaccionado Alemania al fallo del Tribunal, puesto que, casi de inmediato –y a pesar del prudente silencio que guarda la Sentencia respecto de la Ley Fundamental de Bonn con el fin de evitar la controversia que pudiera suscitarse en términos de primacía del derecho comunitario sobre una norma constitucional– se procedió a la oportuna reforma de la misma para acomodar los arts. 12.3 y 12a.4 que prohibían terminantemente que fueran empleadas en ningún servicio que implicase el uso de armas, a

³⁵ Párrafo 26.

³⁶ STJCE de 11 de enero de 2000, Kreil c/ Alemania, asunto C-285/98.

³⁷ Párrafo 29.

la nueva realidad, de modo que, desde enero de 2001, lo que únicamente se veta es que sean obligadas a desempeñar dichas tareas³⁸. No cabe duda de que, con independencia del juicio que nos va a merecer posteriormente el hecho de mantener en cambio la obligatoriedad del servicio militar exclusivamente para los hombres, semejante rapidez –la Sentencia es de mediados de enero y a final de año está ya aprobada la reforma– denota un espíritu de colaboración y lealtad realmente notable, ejemplo tanto para las relaciones con el derecho comunitario como para las que se desarrollan en el interior de un Estado con diversos ordenamientos como es el español³⁹.

La jurisprudencia comunitaria sobre la igualdad de acceso puede cerrarse con una simple mención a su aplicación al momento de cese en la actividad militar, puesto que el Tribunal ha sentado las bases para que los tribunales nacionales puedan declarar el carácter discriminatorio de una legislación que contemple edades distintas para pasar a la jubilación en el ámbito castrense, al declarar dicha normativa comprendida en el ámbito de aplicación del antiguo art. 119 TCE, actual art. 141, ya transcrito, en particular en la prohibición de toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos que establecen sus dos primeros párrafos⁴⁰.

En cualquier caso España ha adoptado la decisión de no establecer límite alguno en este sentido y así se refleja en la Ley 17/1999. Así, el art. 63.4 establece que no podrán existir en los sistemas de selección más diferencias por razón de sexo que las derivadas de las distintas condiciones físicas que puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso. En cuanto a la provisión de destinos, el art. 129 prohíbe que cualquier límite de edad o condición psicofísica especial que pueda establecerse establezca distinción alguna por razón de sexo. En fin, el Real Decreto 66/2000, de 21 de enero, deroga el art. 25 del Real Decreto 984/1992, por lo que en estos momentos, del derecho militar español ha desaparecido toda limitación a

³⁸ La reforma se ha llevado a cabo por medio de la enmienda núm. 48, de 19 de diciembre de 2000.

³⁹ De «deal y convincente reacción» habla MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho. Discurso leído el día XXV de octubre de 2004 en su recepción pública, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004, pg. 63.

⁴⁰ Nos referimos a la Sentencia de 12 de septiembre de 2002, Pirkko Niemi *c/ Valtion eläkelautakunta*, asunto C-351/00. En dicha resolución se responde a una cuestión prejudicial acerca de la aplicabilidad del precepto del Tratado expuesto a una disposición finlandesa que permitía a los hombres con una antigüedad de treinta años en las Fuerzas Armadas percibir una pensión por jubilación a partir de una edad comprendida entre los cincuenta y los cincuenta y cinco años, mientras que para las mujeres, con idéntica antigüedad, dicho umbral se elevaba a los sesenta años sin excepciones. El Tribunal de Justicia considera que, aunque una pensión no tiene por lo general naturaleza de retribución, sí lo es si afecta sólo a una categoría especial de trabajadores –en este caso los pertenecientes a las Fuerzas Armadas– está directamente vinculada a los años de servicio cumplidos y el cálculo de su cuantía se basa en el último sueldo del funcionario, por lo que el caso planteado puede reconducirse al principio de no discriminación citado.

la posibilidad de las mujeres de desempeñar cualquier puesto dentro de las Fuerzas Armadas, incluidos los potencialmente más duros o peligrosos.

b) *Igualdad y servicio militar obligatorio*

Consecuencia evidente de la doctrina apuntada en el caso Sirdar y desarrollada plenamente en el caso Kreil, ha sido la Sentencia de 11 de marzo de 2003⁴¹, que responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Stuttgart en el marco de un recurso interpuesto por un ciudadano alemán, Alexander Dory, acerca de la compatibilidad con el derecho comunitario de la limitación a los hombres, en Alemania, del servicio militar obligatorio. El Sr. Dory, tras recibir un cuestionario previo al reconocimiento médico para determinar su aptitud para el servicio militar, alegó en diversas instancias que, una vez establecida la igualdad de acceso a las Fuerzas Armadas en virtud de la Sentencia del caso Kreil, tanto el art. 12 de la Ley Fundamental de Bonn como el art. 1.1 de la Ley del Servicio Militar de 15 de diciembre de 1995, que limitan a los hombres la obligación de prestar servicio militar, son contrarios al derecho comunitario por constituir una discriminación ilícita para los éstos. En sus observaciones ante el Tribunal precisó que el servicio militar obligatorio produce el efecto de prohibir el ejercicio de una profesión durante el tiempo de la prestación y de retrasar así el acceso a la vida laboral, por lo que infringe tanto la Directiva 76/207/CEE como el principio general de igualdad del art. 3.2 del Tratado. Tanto Alemania, como Francia, Finlandia y la Comisión alegaron que esta cuestión permanecía dentro de la competencia de los Estados y que no resultaba afectada por las disposiciones propias del derecho comunitario. El Tribunal en su respuesta va a reproducir inicialmente sus consideraciones acerca de la restricción de las cláusulas de exclusión de aplicación del derecho comunitario derivadas de las necesidades de la seguridad pública. Asimismo, reitera que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no queda al margen de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, en un giro abrupto y muy poco motivado, señala que el derecho comunitario no puede regular «las decisiones de organización militar elegidas por los Estados miembros que tengan por objeto la defensa de su territorio»⁴². Dentro de ellas se encuadra la de configurar un ejército basado en la conscripción, aun cuando ésta pese sólo sobre los hombres, elección que «prevalece sobre los objetivos de las políticas destinadas a fomentar la inserción profesional de los jóvenes»⁴³. Por todo ello, concluye, «el retraso sufrido por la carrera profesional de los reclutas es una consecuencia inevitable de la elección efectuada por el Estado miembro en materia de organización militar y no implica que esta elección esté comprendida en el ámbito de aplicación del derecho comunitario». En definitiva, el Tribunal viene a rechazar lo que consideraba como una alternativa diabólica, esto es, obligar a Alemania, o a suprimir el servicio

⁴¹ STJCE de 11 de marzo de 2003, Dory c. República Federal de Alemania, asunto C-186/01.

⁴² Párrafo 35.

⁴³ Párrafo 37

militar obligatorio que sirve de base a sus Fuerzas Armadas, o a extenderlo a las mujeres, con el consiguiente coste político para el gobierno de turno⁴⁴.

Ahora bien, si es posible que, bajo una consideración en términos de pura prudencia política, la Sentencia no esté falta de sentido común, no lo es menos que viene a hacerlo a costa del cuidado con el que había venido pronunciándose la jurisprudencia anterior. En efecto, ya no hay invocación alguna al principio de proporcionalidad de la decisión estatal que permita el control jurisdiccional del Tribunal en los supuestos en los que la desigualdad no resulte justificada, sino pura y simple invocación de la soberanía nacional y de los intereses defensivos de los Estados miembros. Y ello podría resultar defendible en un momento anterior, pero no tras los pasos dados en los casos *Sirdar* y *Kreil*, e incluso *Johnston*, en los cuales se rechazó, precisamente, la plena aplicación del argumento que ahora se esgrime como base del fallo. De hecho, no han tardado en surgir las críticas a esta resolución, en las que se pone de relieve lo incoherente de su fundamentación con la fijada en los casos anteriores y se señala que quizá, y sólo con carácter temporal, pudiera haberse sostenido la legitimidad de la normativa recurrida a partir del predominio masculino, en unas Fuerzas Armadas sólo muy recientemente abiertas a las mujeres, que haría más gravosa aún la situación de las reclutas en relación con la de sus conmlitones varones⁴⁵. No obstante, y a pesar de resultar un argumento notablemente más elaborado que el del Tribunal, también es posible objetar convincentemente que tal gravamen bien pudiera haberse evitado de haber instituido Alemania un servicio civil femenino de idénticas duración y condiciones que la prestación sustitutoria a la que quedan sometidos los objetores de conciencia, tal y como en España se propuso por algún sector doctrinal⁴⁶ durante los últimos años de vigencia de la conscripción, suspendida definitivamente, como es sabido, en 2002⁴⁷.

⁴⁴ Las dos alternativas se plantean en el párrafo 41.

⁴⁵ Véase TRIBUS, M., *Sisters in Arms: European Community Law and Sex Equality in the Armed Forces*, *European Law Journal*, volume 9, issue 5, december 2003, pgs. 656 y ss.

⁴⁶ Entre las críticas a la exención femenina, merece citarse la de ESCRIBANO TESTAUT, P., *El deber de prestación del servicio militar y el principio de no discriminación por razón de sexo*, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 68, julio-diciembre de 1996, pgs. 95 y ss., quien, tras rechazar el automatismo de la exclusión de este deber, precisamente en un momento en que se había consolidado su derecho a acceder en plenitud a la carrera militar, propuso, por razones de prudencia política, establecer un sistema de servicio civil obligatorio que equiparase su condición a la del varón. Asimismo, BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado*, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 191 y ss. quien habla directamente de la posibilidad de que en algún momento el Tribunal Constitucional se pronuncie en contra de este privilegio.

⁴⁷ Como es sabido, la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, suspendió la prestación del servicio militar obligatorio a partir del 31 de diciembre de 2002 (disposición adicional decimotercera). Esta fecha fue adelantada más tarde a 31 de diciembre de 2001, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, dictado en uso de la autorización al Gobierno otorgada por la mencionada Ley 17/1999, de 18 de mayo. La propia Ley 17/1999 reconoce lo inadecuado

Cabe cerrar, finalmente, este tema, recordando que el propio Tribunal de Justicia es bien consciente del perjuicio innegable que deriva para los varones de una normativa de este tenor, de tal modo que con una cierta reiteración ha sostenido en los últimos años que no entrañan discriminación contraria a la Directiva 76/207/CEE todas aquellas medidas que puedan arbitrarse para compensar a aquellos que hayan visto retrasada la proyección de su vida profesional como consecuencia de haber servido en filas o de haber cumplimentado la prestación social sustitutoria, siempre, por supuesto, que la desigualdad introducida no resulte desproporcionada⁴⁸. A este respecto, se ha llegado incluso a rechazar el argumento, alegado en alguno de los procedimientos, de que el período empleado en tales deberes públicos pudiera servir en cierta medida de compensación por los embarazos y partos por los que pasan las mujeres, decisión llena de sentido si se considera que la situación de gravidez es una decisión voluntaria y privada, frente al carácter compulsivo y público del servicio militar.

3.3. La acción afirmativa en las fuerzas armadas

Hasta el momento nos hemos referido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada de manera efectiva en el ámbito militar. No obstante, puede resultar útil referirse a una cuestión que todavía no ha sido objeto de resolución pero que bien pudiera llegarle en el futuro merced a la evolución de las legislaciones nacionales tras la progresiva implantación de ejércitos de base voluntaria. Se trata de determinadas medidas de la denominada discriminación positiva o, también, de manera más precisa, discriminación inversa o, de forma más amplia, acción positiva o acción afirmativa⁴⁹, que han ido apareciendo en la legislación militar. Lo que se pretende demostrar es

de la situación anterior cuando en el apartado VII de su Exposición de Motivos apunta que «es en ésta [ley] donde el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres».

⁴⁸ Además del párrafo 40 de la propia STJCE dictada en el caso Dory –en el que, no obstante, se añade que también permite a algunos reclutas adquirir una formación complementaria o acceder posteriormente a la carrera militar, mencionan esta circunstancia, ya como ratio decidendi, la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Schnorbus c. República Federal de Alemania, asunto C-79/99, y la STJCE de 8 de junio de 2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten c. Wirtschaftskammer Österreich, asunto C-220/02, especialmente párrafo 62.

⁴⁹ La diferencia estriba en que las medidas de discriminación inversa son una modalidad de la acción positiva más incisiva que las demás en la esfera de los derechos individuales y que abarca desde el establecimiento de cuotas entre los diversos grupos considerados hasta la imposición de criterios de selección preferente. En España ha sido el ámbito de la representación política el más propicio para la regulación de iniciativas de este tipo, con ejemplos como la Ley de les Illes Balears [sic] 6/2002, de 21 de junio o la Ley de Castilla-La Mancha 11/2002, de 27 de junio, que reforma la Ley electoral de esta Comunidad, que establecen las llamadas listas cremallera en las candidaturas que se presenten a las elecciones sus respectivas Asambleas legislativas. Un comentario crítico sobre su constitucionalidad puede encontrarse en ABELLÁN MATESANZ, I. M^a, La modificación de la leyes electorales a la luz del principio de igualdad: las «listas cremallera», op. cit., pgs. 147 y ss.

que en algunos casos, tal y como se está configurando la normativa, es más que probable que, de mantenerse la actual línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia en relación tanto con las medidas de discriminación inversa en general como de aplicabilidad del derecho comunitario a las Fuerzas Armadas en particular, podamos en un tiempo no lejano asistir a alguna resolución en la que se declare su incompatibilidad con las disposiciones establecidas por este ordenamiento. Para ello, tras exponer unos breves trazos de las prácticas nacionales y dar cuenta del origen de tales provisiones, haremos un análisis más detallado de las líneas que configuran la posición del Tribunal.

a) *La práctica en las legislaciones nacionales*

Comenzando, según hemos apuntado, por los derechos nacionales, las medidas de discriminación inversa a la hora de seleccionar efectivos, bajo la forma de la previsión de un baremo doble para las pruebas físicas, que rebaje los requisitos para las mujeres frente a los establecidos para los hombres, no es ciertamente escasa. Pueden citarse al efecto ejemplos tales como **Luxemburgo** e **Irlanda**, que siguen un sistema de puntos parecido al método estadounidense⁵⁰. En este país, junto a puestos en los que no está permitido el acceso de las mujeres, como son los Cuerpos de Operaciones Especiales, se contemplan destinos en los que no se requieren condiciones especialmente gravosas y en ellos se han establecido baremos físicos distintos para hombres y mujeres. Tales baremos se regulan por reglamentos internos⁵¹ que contemplan el llamado *Army Physical Fitness Test* (Prueba de Aptitud Física del Ejército-APFT) que arroja una serie de porcentajes luego utilizados como marcas mínimas para el acceso a los puestos correspondientes, porcentajes que se alcanzan con menores exigencias en el caso de las mujeres. Lo mismo vale para **Portugal**, cuyo Reglamento del Servicio Militar establece un principio de paridad entre hombres y mujeres⁵², a pesar de lo cual, éstas no pueden participar en puestos de combate ni ingresar en la infantería de marina, circunstancias compensadas por las menores exigencias físicas tanto para su ingreso como en el entrenamiento diario en los puestos que les están abiertos⁵³. Incluso **Italia**, que durante mucho tiempo se manifestó contraria a la admisión de mujeres fuera de puestos auxiliares ha optado en los últimos años por una línea similar en la que la presencia algo restringida para ciertas unidades de las mujeres se ve favorecida para pue-

⁵⁰ Los criterios pueden consultarse en «<http://www.armee.lu>».

⁵¹ Entre otros, las *Army Regulations* 350-41 y 600-9 para el Ejército de Tierra (respectivamente establecen el sistema de entrenamiento y un programa contra la obesidad), la *Instruction* 6110.1F para la Armada, las *Instructions* 40-501 y 40-502 para las Fuerzas Aéreas y las *Orders* 6100.3J, 6100.10B y 6100.4F para el Cuerpo de Marines.

⁵² Art. 1.2 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar, aprobado por el Decreto-Ley 289/2000, de 14 de noviembre. Desarrolla la Ley 174/1999, de 21 de septiembre.

⁵³ A título demostrativo, la Orden (Portaria) 790/1999 del Ministerio da Defensa Nacional, de 7 de septiembre establece distintos umbrales en relación con las alturas mínimas, 160 centímetros para mujeres y 164 para hombres.

tos de segunda línea por requisitos físicos más bajos⁵⁴. **Francia**, por su parte, sigue una tónica similar, que excluye al personal femenino de destinos en submarinos y, en general, aquellos que implican un contacto directo y prolongado con fuerzas hostiles, a la vez que reduce las marcas requeridas tanto en las pruebas de acceso como en los entrenamientos posteriores. En **Alemania**, por el contrario, las condiciones físicas para el reclutamiento y la provisión de los destinos se regulan sin distinción alguna de sexo, aunque se tienen en cuenta las peculiaridades y exigencias de cada puesto concreto para establecer los requisitos físicos y síquicos necesarios⁵⁵.

Es, sin embargo, el **Reino Unido**, el ejemplo que resulta más ilustrativo, debido no sólo a la presencia de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –el caso Sirdar ya citado– sino también por la proliferación de estudios que han motivado un cambio en la práctica que en los últimos años venía adoptando este país en relación con los requisitos físicos. El marco normativo la constituye un reglamento de 1994⁵⁶, que modifica la Ley de discriminación por razón de sexo de 1975 (*Sex Discrimination Act*) para, en lugar de excluir de plano su aplicación a las Fuerzas Armadas, establecer que la adopción de las acciones previstas en ella no ha de comportar en ningún caso una reducción de la capacidad de combate de los Ejércitos de la Corona⁵⁷. Como consecuencia de ello, en Gran Bretaña permanecen diversos puestos de combate, sobre todo los correspondientes a la Royal Artillery, de los que se excluye la presencia de mujeres. Sin embargo, respecto de los puestos abiertos a reclutas femeninos se venían estableciendo pruebas diferenciadas por razón de sexo, experiencia que se ha considerado negativa y que ha ido evolucionando desde el Ejército de Tierra hasta el resto de las Armas hacia un modelo de baremos diferenciados en atención a las exigencias específicas de cada puesto y sin distinciones basadas en el género⁵⁸.

⁵⁴ La base normativa la constituyen la Ley de 20 de octubre de 1999, núm. 380, de delegación al Gobierno para la institución del servicio militar voluntario femenino, el Decreto legislativo de 31 de enero de 2000, núm. 24 y el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2000, núm. 112.

⁵⁵ Se considera que ello es necesario toda vez que hombres y mujeres deben estar igualmente capacitados para tomar decisiones incluso en situaciones de agotamiento físico, falta de tiempo o presión mental. Aun así, durante 2001, del total de reclutas que no habían pasado previamente por el servicio militar, la proporción de mujeres fue del 21 por 100. Véase *The Bundeswehr in 2002. The Current Situation and Perspectives*, Federal Ministry of Defence, pg. 55.

⁵⁶ *The Sex Discrimination Act 1975 (Application to Armed Forces etc) Regulations 1994*, Statutory Instruments 1994 no. 3276.

⁵⁷ Así, el párrafo 4 del art. 85 de la Ley de 1975, queda redactado de esta manera: «*Nothing in this Act shall render unlawful an act done for the purpose of ensuring the combat effectiveness of the naval, military or air forces of the Crown*».

⁵⁸ Véase DANDEKER, Ch., «*Femmes combattantes*»: *problèmes et perspectives de l'intégration des femmes dans l'armée britannique*, *Revue française de sociologie*, octubre – décembre 2003, 44-4, pg. 743. Asimismo, el Informe *Women in the Armed Forces*, elaborado por el *Employment of Women in the Armed Forces Steering Group* en mayo de 2002.

Por último, por lo que se refiere a **España**, junto a medidas de acción afirmativa, que tienen como única finalidad eliminar desventajas evidentes que puedan pesar sobre las mujeres, como son el derecho de aplazamiento de las pruebas físicas de selección para soldado profesional o para alguno de los centros de enseñanza para acceder a los empleos de suboficiales o de oficiales si concurre un embarazo⁵⁹, o bien la posibilidad de ser asignadas durante tal embarazo, sin perjuicio para su carrera, a destinos más acordes con sus disponibilidades físicas e incluso la previsión adoptada por sendas Órdenes ministeriales de los Departamentos de Presidencia y de Defensa⁶⁰, que formalizan el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, de acometer un programa de construcción de guarderías infantiles en veinticinco unidades entre 2005 y 2007, aparecen trazas de lo que es ya discriminación inversa en el acceso a la carrera militar. Se trata, al igual que en el resto de Estados, de la regulación de dobles baremos de condiciones físicas aplicables en las pruebas selectivas, con el agravante de que en nuestro país, a diferencia de los demás casos examinados, no puede alegarse una compensación por la exclusión de determinados destinos, puesto que la legislación española, según se ha visto, no contempla una restricción semejante.

De este modo, con el antecedente del art. 44.3 de la Ley 17/1989, la Ley 17/1999 da cabida a diversas previsiones que sin demasiada dificultad pueden encuadrarse dentro de la noción más pura discriminación inversa⁶¹. Así, el art. 63.4 dispone 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». Por su parte, el art. 5.6 del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas reitera que «las pruebas para acreditar las aptitudes psicofísicas necesarias para cursar los respectivos planes de estudios, se ajustarán a cuadros de condiciones y exclusiones de aplicación general a los centros de enseñanza militar en todos los procesos

⁵⁹ Art. 63.4 de la Ley 17/1999 y art. 7 del Real Decreto 1735/2000, de 20 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas.

⁶⁰ Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo y Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo.

⁶¹ El legislador es muy consciente del alcance de su programa y por ello en el apartado VII de la Exposición de Motivos señala que aunque «la legislación anterior abrió a la mujer las puertas de acceso a los Ejércitos», «es en ésta donde el principio de igualdad se aplica con todas sus consecuencias al suspenderse la prestación del servicio militar que sólo obligaba a los hombres y eliminarse cualquier discriminación a la mujer al no hacer distinciones en los destinos que puedan ocupar en el desarrollo de su ejercicio profesional, sin perjuicio de que puedan establecerse diferencias en las condiciones físicas para el acceso al aplicar distintos parámetros al hombre y a la mujer», concluyendo que «ello obligará a efectuar todavía un mayor esfuerzo en la superación de los problemas que representa la concurrencia de personal de ambos sexos en determinadas instalaciones y unidades militares».

selectivos» y que «en cada uno de ellos se especificarán las exigencias y niveles concretos que se deben acreditar, *teniendo en cuenta que podrán ser diferentes para el hombre y la mujer con el fin de adecuarse a sus distintas condiciones físicas*». Es, pues, la convocatoria, aprobada por el Subsecretario de Defensa –art. 8.1– la que debe determinar si se establecen o no diferencias en función del sexo en las marcas mínimas exigidas y lo cierto es que las publicadas en los últimos años sí lo han hecho. Es el caso de las Resoluciones más recientes, tanto la aprobada para 2004 como la vigente en 2005 para los procesos selectivos de los militares profesionales de tropa y marinería⁶², que contemplan cuatro pruebas consistentes en salto de longitud sin carrera, abdominales, flexo-extensiones de brazos y carrera de ida y vuelta, para las que se establecen umbrales notoriamente favorables a las mujeres⁶³. Lo mismo sucede, aunque con diferencias menos acusadas en otros procedimientos de acceso a centros de formación de los Cuerpos Comunes⁶⁴. Incluso, a diferencia de los que venía ocurriendo antes de la Ley 17/1999⁶⁵,

⁶² Resolución 452/38000/2004, de 8 de enero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los Centros Docentes Militares de formación para el acceso de nacionales y extranjeros a la condición de militar profesional de Tropa y Marinería y Resolución 452/38000/2005, de 12 de enero, de la Subsecretaría, por la que se convocan las pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes militares de formación para el acceso de nacionales y extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería.

⁶³ Por poner algún ejemplo, para la prueba de abdominales se exige a los hombres que en un minuto superen, según los niveles, los 15 o los 24 ciclos, mientras que para las mujeres se reducen, respectivamente, a 10 y 15. Para la prueba de flexiones, la marca masculina se sitúa en 4 y 7 extensiones para los niveles A y B, mientras que para las mujeres se requieren sólo 3 y 4. En fin, para el salto de longitud sin carrera, se exige a los varones superar los 145 ó 163 centímetros, según los casos, y a las mujeres 121 y 145 centímetros, respectivamente. Como puede comprobarse, no son requisitos demasiado duros, pero sí comportan una diferencia de trato netamente beneficiosa para las mujeres frente a sus competidores masculinos.

⁶⁴ Es el caso de los Cuerpos de Ingenieros – véase Resolución 452/38021/2004, de 25 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los Centros Docentes Militares de Formación, para el Acceso a la Escala Superior de Oficiales de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos– Intervención –Resolución 452/38024/2004, de 25 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Centro Docente Militar de Formación de la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo Militar de Intervención– Músicas Militares –Resolución 452/38029/2004, de 1 de marzo, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el centro docente militar de formación, Escala de Suboficiales, del Cuerpo de Músicas Militares– y de Sanidad –Resolución 452/38030/2004, de 25 de febrero, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en el Centro Docente Militar de Formación, para la incorporación a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad–.

⁶⁵ Así, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 17 de diciembre de 1997, 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, establecía en su Apéndice D unas marcas mínimas comunes para todos los ejercicios exigidos en los procesos correspondientes. Esta norma, mantenida provisionalmente en

se han introducido distintos baremos para hombres y mujeres en las pruebas selectivas para el acceso a las Academias de la Escala Superior de Oficiales de los Cuerpos Generales de los Ejércitos, de Infantería de Marina y de la Guardia Civil⁶⁶. Este régimen varía algo cuando se trata no ya de pruebas de ingreso, sino de provisión de determinadas vacantes para las que se requieren condiciones físicas específicas, respecto de las cuales el art. 129.2 *in fine* de la Ley 17/1999 prohíbe que se establezca «distinción alguna por razón de sexo». Nos encontramos, pues, ante una situación que distingue en el acceso general pero no en relación con aquellos destinos que requieren mayores capacidades debido a la dificultad de las misiones que se les encomienda.

b) *Orígenes de la affirmative action*

Con carácter general, las medidas de acción positiva son una creación del derecho de los Estados Unidos introducidas durante los años setenta con la finalidad de mejorar las condiciones de las minorías raciales –negra e hispana fundamentalmente– y que han recibido un notable respaldo por parte del Tribunal Supremo de este país⁶⁷. En efecto, amparado, al menos parcialmente, en la *equal protection clause* prevista en la décimo cuarta enmienda de la Constitución, aprobada en 1868, el Tribunal fue elaborando desde finales de los años cincuenta una doctrina acerca de la constitucionalidad de las leyes que establecían diferencias por razón de raza, relacionadas sobre todo con los sistemas de segregación escolar. En ella se introdujeron tres niveles de examen, aún vigentes, para enjuiciar la constitucionalidad de las clasificaciones legalmente establecidas. Así, se distingue entre el *rational relational ship test*, aplicado para las relaciones socioeconómicas, que exige tan sólo la racionalidad de la relación entre los medios y los fines perseguidos, lo que usualmente se ha traducido en una presunción de constitucionalidad de la norma enjuiciada; el *strict scrutiny test*, aplicable a las clasificaciones basadas en la raza o relativas a un derecho o interés considerado fundamental –voto, libertad de circulación interestatal y la igualdad en el acceso a la justicia–

vigor por la disposición derogatoria única.2.j del Real Decreto 1735/2000, ha sido derogada por la Orden PRE/387/2002, de 20 febrero 2002, por la que se aprueban las normas que han de regir los procesos selectivos de acceso directo a las enseñanzas de formación para la incorporación a las Escalas Superiores de Oficiales y a las Escalas de Oficiales de las Fuerzas Armadas, cuando no se exija titulación previa, y a la Escala Superior de Oficiales del Cuerpo de la Guardia Civil, la cual remite en el apartado 8.3 de su Anexo a la correspondiente convocatoria para determinar las marcas oportunas.

⁶⁶ Véase a título demostrativo el Apéndice IV, Pruebas Físicas, de la Resolución 452/38160/2000, de 17 de abril, de la Subsecretaría, por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes militares de formación para la incorporación a la Escala Superior de Oficiales de los Cuerpos Generales de los Ejércitos, de Infantería de Marina y de la Guardia Civil.

⁶⁷ Para un estudio más detallado de las medidas de acción positiva en los Estados Unidos, véase MARTÍN VIDA, M^a. A., Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense, REDC, núm. 68, mayo-agosto 2003, pgs. 151 y ss.; REY MARTÍNEZ, F., El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pgs. 44 y ss.

que exige que la norma revisada justifique la diferencia de tratamiento en la existencia de un fin extraordinario o apremiante (*compelling interest*), y ha supuesto en casi todos los casos la declaración de inconstitucionalidad de la norma⁶⁸. Por último, para los casos en los que la clasificación legal obedece a un criterio considerado sensible, pero no sospechoso —principalmente el sexo, pero también la filiación y la condición de extranjero— se utiliza el llamado *intermediate test*, que obliga al poder público a demostrar que existe un objetivo importante y que la diferencia de trato está directamente vinculada a su consecución. A estas referencias se somete el examen de las medidas de acción afirmativa puestas en marcha tras los incidentes y revueltas de 1964 a 1968 a escala nacional, más tarde en cada uno de los Estados y que, tras no pocas alternativas aún en discusión, parecen haber encontrado cierta estabilidad institucional en la *Civil Rights Act* de 1991 que, si bien las considera como un remedio adecuado para combatir la discriminación, no se inclina por las cuotas ni los tratamientos preferentes, sino por instrumentos más neutros, salvo que éstos se hubieran mostrado completamente insuficientes para acabar con una situación arraigada de discriminación⁶⁹.

Por lo que respecta a la aplicación de estas medidas a las diferencias por razón de sexo y su impacto jurisdiccional, el Tribunal Supremo, aunque más tarde que con las derivadas de la raza, ha tenido no pocas ocasiones de intervenir, en una línea que, tras declarar la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones pretendidamente protectoras pero que, en realidad, se entiende que denotan un «paternalismo romántico»⁷⁰, ha venido aplicando el examen intermedio, por lo que ha aceptado aquellas diferencias que persiguen un fin compensatorio y están directamente vinculadas al mismo. En los últimos años, reviste cierto interés la actitud mostrada hacia los supuestos en que el sexo pueda ser considerado como criterio válido para la exclusión de mujeres de un puesto de trabajo. Así, en los trabajos que exigen mayor fuerza física se ha exigido una valoración individualizada de las habilidades

⁶⁸ Como única excepción se suele citar la Sentencia dictada en el caso *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), que ratificó la constitucionalidad de la confinación en campos de concentración de todos los ciudadanos de ascendencia japonesa que vivían en la Costa Oeste, con el argumento de que había que evitar que colaboraran con el enemigo. De la misma se ha escrito que «representa el impacto nefasto que la guerra y el racismo pueden tener sobre la integridad institucional y la salud cultural». Véase TRIBE, L. H., *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1988, pg. 1452.

⁶⁹ Que la controversia no ha finalizado lo prueba la aprobación en 1996 de la Proposición 209 del Estado de California, que añade al Título I de su Constitución un art. 31 que prohíbe a este Estado y a los gobiernos locales discriminar contra o garantizar un tratamiento preferente a cualquier individuo o grupo por razón de su raza, sexo, color, etnia u origen nacional en los ámbitos de la educación, la contratación o el empleo públicos. Véase MARTÍN VIDA, M^a. A., *Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense*, op. cit., pg. 180.

⁷⁰ Entre otras, una que afectaba a aspectos sociales de la profesión militar, como algunos tratamientos diversos en función de su sexo a los cónyuges de miembros de las Fuerzas Armadas a la hora de obtener ciertos beneficios. Se trata de la Sentencia *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

de cada candidato con independencia de que sea hombre o mujer. Asimismo, se ha rechazado como criterio justificador la preferencia de los clientes, mientras que, por el contrario, se ha aceptado la distinción en determinados puestos en los que la protección de la intimidad de los usuarios o la propia seguridad del servicio –en el caso de los funcionarios de prisiones– hacían aconsejable que el candidato fuera de su mismo sexo⁷¹.

c) *Su recepción en el derecho comunitario*

La doctrina de la discriminación inversa ha encontrado, a partir de la experiencia norteamericana, un desarrollo notable en Europa, si bien, a diferencia de lo que sucede en su país de origen, se ha utilizado principalmente para aspectos relacionados con la igualdad entre sexos, no entre razas. Además, y también en contraste con lo que sucede más allá del Atlántico, el favor jurisprudencial no ha acompañado a sus diversas recepciones legislativas, de modo que, sobre todo en el ámbito de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es difícil encontrar ejemplos de resoluciones, por lo demás bien conocidas, que han embridado los impulsos más abruptos de esta construcción teórica⁷².

A partir de las normas de derecho originario y derivado antes examinadas, el Tribunal de Justicia ha ido elaborando una jurisprudencia que ha puesto freno a algunas de las manifestaciones más extremas de este principio en las legislaciones nacionales. Las más renombradas son las Sentencias dictadas por el Tribunal en los casos Kalanke y Marschall, aunque hay otras varias, casi todas relativas a Alemania, país donde por medio de una reforma constitucional, el art. 3.2 de su Ley Fundamental dispone que «El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes», dando carta de naturaleza a la acción afirmativa en materia de género⁷³. En la primera de ellas⁷⁴, se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada conforme al entonces art. 177 TCE por el Tribunal Federal Laboral (*Bundesarbeitsgericht*) sobre la interpretación de los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE en relación con un precepto de la *Landesgleichstellungsgesetz* de 20 de noviembre de 1990 (Ley del Territorio de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pú-

⁷¹ Véase al respecto, REY MARTÍNEZ, F., El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, op. cit., pgs. 74 y ss.

⁷² Acerca de la discriminación inversa en la Unión Europea, véase ELÓSEGUI ITXASO, M^a., Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres, CEPC-Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003 y OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 12, mayo-agosto 2002, pgs. 489 y ss.

⁷³ Este inciso fue introducido por la enmienda constitucional núm. 42, de 27 de octubre de 1994.

⁷⁴ STJCE de 17 de octubre de 1995, Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen, asunto C-450/93. El pleito nacional de origen surgió como consecuencia de un recurso interpuesto por el Sr. Kalanke contra la resolución de un concurso para la provisión de un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la Ciudad de Bremen.

blica – LGG) por el que se concedía automáticamente preferencia a los candidatos de sexo femenino frente a los varones cuando en los puestos ofrecidos en la convocatoria hubiera una menor representación de mujeres –entendida como menos de la mitad de las plazas– y siempre que entre tales candidatos existiese igualdad de méritos. La respuesta del Tribunal fue tajante al sostener que los preceptos aludidos de la Directiva, que, establecían un principio de no discriminación directa o indirecta por razón de sexo del que, por excepción, se excluían las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectasen a las oportunidades de las mujeres, no amparaban una Ley nacional que estableciese que, en una promoción, las mujeres con la misma capacitación que sus competidores masculinos gozasen automáticamente de preferencia en los sectores en los que estuvieran menos representadas. Para ello, razona que el apartado 4 del artículo 2, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente, lo que significa que sólo cubre aquellas medidas que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. Por lo demás, el régimen recurrido, en tanto pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, lo cual no es conforme con el espíritu de la directiva⁷⁵.

En su Sentencia dictada en el caso Marschall⁷⁶ el Tribunal resuelve asimismo una cuestión prejudicial presentada, en esta ocasión, por el Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen en relación con una Ley del Territorio de Renania del Norte-Westfalia que concedía preferencia a las mujeres en igualdad de circunstancias en aquellos empleos en que hubiese menor número de éstas que de hombres, salvo que en un candidato concurriesen circunstancias que inclinaran la balanza a su favor⁷⁷. En esta ocasión, el Tribunal entiende que, a diferencia del caso Kalanke, la disposición objeto de examen,

⁷⁵ Una crítica a los resultados, no tanto al razonamiento empleado, de esta Sentencia, aparece en RIVERO ORTEGA, R., Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia «Kalanke» del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, REDA, núm. 90, abril-junio 1996, pgs. 321 y ss., quien propone como solución la redacción de una Declaración de derechos fundamentales de la Unión Europea en la que aparezcan aludidas las acciones de discriminación inversa.

⁷⁶ STJCE, de 11 de noviembre de 1997, Hellmut Marschall c/ Land Nordrhein-Westfalen, asunto C-409/95.

⁷⁷ Se trataba del apartado 5 del art. 25 de la Ley de la Función Pública (*Beamtengesetz*), de acuerdo con la cual «Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor; [...]».

por cuanto contiene una cláusula de apertura, no sobrepasa esos límites, ya que, «en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino».

Más adelante, en Sentencia dictada en el caso *Badeck y otros*⁷⁸ acerca de cierta legislación del Estado de Hesse, el Tribunal de Justicia aclara su criterio anterior señalando, primero, que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE no se opone a una normativa nacional que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas –en los sectores de la función pública en que las mujeres están menos representadas– siempre que resulte necesario para la consecución de los objetivos de un plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. Segundo, dicho precepto tampoco se opone a una normativa nacional que establezca que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos deben prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representan entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad. Tercero, tampoco se opone a una normativa nacional que, en la medida en que tiene por objeto eliminar una infrarrepresentación de la mujer, reserve a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el Estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes. Cuarto, no es, además, contrario a una normativa nacional que, en caso de igualdad de cualificación entre candidatos de distinto sexo, garantice que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas. Por último, y quinto, con arreglo a este artículo, es también admisible una normativa nacional relativa a

⁷⁸ STJCE de 28 de marzo de 2000, *Badeck y otros*, asunto C-158/97. El origen del caso se sitúa en un recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional del Land de Hesse (*Staatsgerichtshof*) por el Sr. Georg Badeck en representación de 46 diputados del Parlamento Regional (*Landtag*) contra la Ley de Hesse sobre la igualdad de trato y sobre la supresión de la discriminación de la mujer en la función pública (*Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung*), de 21 de diciembre de 1993.

la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, que establece que las disposiciones legales adoptadas para su aplicación tengan en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual. En general, el Tribunal basa sus conclusiones en que las cuotas y sistemas de preferencia expuestos no son automáticos, no afectan a la selección final propiamente dicha, sino a fases anteriores –como la convocatoria a una entrevista personal– o bien tienen carácter puramente indicativo, como sucede con la previsión de igualdad en la composición de los órganos de representación de los trabajadores.

Por último, merece mención aparte el caso Abrahamsson⁷⁹ en el que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Överklagandenämnden för Högskolan* (Comisión de Recursos de los establecimientos de enseñanza superior), de Suecia, en relación con un procedimiento selectivo de la Universidad de Goteborg por el que se debía proveer un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera. La oferta de empleo indicaba que el nombramiento en dicho puesto debía contribuir a la promoción de la igualdad de sexos en la vida profesional y que, con arreglo al Reglamento 1995:936, podría aplicarse la discriminación positiva. Al mismo se presentaron ocho candidatos, entre ellos, las Sras. Abrahamsson, Destouni y Fogelqvist y el Sr. Anderson. La Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias, encargada de la selección efectuó dos votaciones, la primera de las cuales tenía en cuenta únicamente la capacitación científica de los candidatos. En ésta, el Sr. Anderson resultó ser el primero con cinco votos y la Sra. Destouni obtuvo tres votos. En la segunda votación, que tenía en cuenta tanto los méritos científicos como el Reglamento 1995:936, la Sra. Destouni fue clasificada primera con seis votos contra dos votos para el Sr. Anderson. El tribunal calificador propuso al Rector de la Universidad de Goteborg nombrar a la Sra. Destouni, indicando expresamente que el nombramiento de esta candidata, en vez del Sr. Anderson, no vulneraba la exigencia de objetividad del art. 3.3 del Reglamento 1995:936, a la vez que calificó en segundo y tercer lugar al Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist. Tras renunciar la primera a su puesto, el rector volvió a convocar a la Comisión para que emitiese nuevo parecer teniendo en cuenta el plan de igualdad para las mujeres, a lo que ésta respondió que ese dato ya se había tenido en cuenta en la primera selección y que, aunque la mayoría de sus miembros consideraba que existía una notable diferencia entre los otros dos candidatos, no tenía clara la interpretación que debía darse al Reglamento 1995:936. A la vista de estas consideraciones, el rector nombró para la plaza en liza a la Sra. Fogelqvist, decisión recurrida tanto por el Sr. Anderson, que invocaba el propio Reglamento 1995:936, como otra de las candidatas, la Sra. Abrahamsson, la cual alegó tener más méritos que aquélla, a la vez que reconocía la superioridad del Sr. Anderson sobre ambas. El Tribunal de Justicia va a estimar que se ha incurrido con el Reglamento citado en un supuesto de automatismo en

⁷⁹ STJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson c/ Fogelqvist, asunto C-407/98.

la asignación de la plaza a favor de una mujer que, a mayor abundamiento, no había mostrado los mismos méritos que el candidato varón, sino simplemente capacidad suficiente para el puesto, a diferencia de los casos expuestos anteriormente, y que ello resulta contrario al art. 141 TCE. En este sentido, en su párrafo 50 subraya que «aun cuando el artículo 141 CE, apartado 4, con objeto de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, no puede deducirse de ello que esta disposición permita un método de selección como el controvertido en el litigio principal que, en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación con el objetivo perseguido».

En definitiva, aun con importantes matices, lo que el Tribunal viene a rechazar sistemáticamente es un sistema de preferencias automáticas a favor de un sexo, así como todo proceso selectivo que implique la designación de un candidato con menores méritos que otro, ya que sólo aparecen excepciones admisibles cuando se habla de situaciones equiparables. Por ello, los dobles baremos de requisitos físicos, en cuanto permiten que queden eliminados candidatos con mejores marcas que las requeridas para mujeres que sí pueden ver coronados con éxito sus esfuerzos, pueden chocar con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y ser contrarios al derecho comunitario. Probablemente una política que pretenda favorecer la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas sin incurrir en prácticas discriminatorias debiera establecer un listado de actividades en las que no se requiera una cualificación física especial y exigir a todos los candidatos para el acceso a ellas las marcas que en estos momentos se estipulan para las mujeres. Con ello se evitaría que la condición física se alce como obstáculo insalvable en aquellos destinos en los que no es necesaria, a la par que se salva el principio de no discriminación y la propia eficacia de las Fuerzas Armadas.

3.4. El derecho de petición

a) *Las peticiones en el ámbito de la Unión Europea*

Concluido el análisis de las cuestiones relativo a la igualdad entre sexos nos queda, para completar el estudio de la incidencia del derecho comunitario en los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas, hacer mención al derecho de petición.

En el ámbito de la Unión Europea el derecho de petición, exclusivamente ante el Parlamento Europeo sin perjuicio de las quejas presentadas al Defensor del Pueblo Europeo, está recogido en no pocas normas, de manera bastante generosa⁸⁰. Aparece, por comenzar por las normas jurídicas vigentes, en los arts. 21 y 194 TCF. El primero de ellos reconoce en su primer párrafo el derecho de petición ante el Parlamento Europeo a todo ciuda-

⁸⁰ Acerca de esta cuestión, véase LAVILLA RUBIRA, J. J., *El derecho de petición al Parlamento Europeo, Los derechos del europeo*, Madrid, 1993, pgs. 177 y ss.

dano de la Unión, en los términos dispuestos en el art. 194. Éste, por su parte, establece que «cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente». Asimismo, no falta en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 44, encuadrado en el Capítulo V, relativo a los derechos de ciudadanía, otorga a todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, previsión que, en tanto recoge una norma ya asentada en el derecho comunitario originario, tiene plena eficacia jurídica, con independencia de la que se le pueda conceder al conjunto de la Carta hasta la, en su caso, entrada en vigor del Tratado Constitucional, en cuya parte segunda se inserta la totalidad de aquélla⁸¹. En fin, deben destacarse también los arts. 174 a 176 del Reglamento del Parlamento Europeo, edición de febrero de 2003, que regulan detalladamente los requisitos de su ejercicio.

De todos estos preceptos se deduce un régimen presidido por varios rasgos, de los que destacan los siguientes. Ante todo, como se ha apuntado, es un derecho que tiene como destinatario único al Parlamento Europeo, toda vez que la mención a las «instituciones comunitarias» del tercer párrafo del art. 21 TCE no constituye un reconocimiento del derecho de petición sino de la facultad de los ciudadanos europeos de dirigirse a éstas en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión y obtener una respuesta en esta misma lengua. En segundo lugar, se regula tanto el derecho de petición individual como colectiva, restringiéndose la titularidad del derecho a los ciudadanos europeos y a los extranjeros con residencia en un Estado miembro, lo que excluye a los extranjeros no residentes⁸², si bien, a los efectos que nos interesan, no contempla limitación alguna para los militares. En cuanto al objeto de las peticiones, deberán éstas versar sobre cuestiones de competencia comunitaria que afecten directamente al peticionario⁸³. Por último, las peticiones deben redactarse en lengua comunitaria, si bien se aceptan peticiones escritas en otra lengua siempre que lleven anejo un resumen redactado en una lengua oficial. La Comisión de peticiones del Parlamento Europeo es el órgano encargado de examinar las peticiones, para lo que puede convo-

⁸¹ El Proyecto de Tratado Constitucional incluye este derecho en su art. II-104.

⁸² No obstante, el art. 174.10 RPE establece que las peticiones presentadas «por personas físicas o jurídicas que no sean ciudadanos de la Unión Europea ni tengan su residencia o domicilio social en un Estado miembro, se incluirán en una lista separada y se clasificarán de igual modo. Mensualmente, el Presidente enviará una lista de las peticiones recibidas durante el mes anterior a la comisión competente para proceder a su examen, con indicación de su objeto. Dicha comisión podrá pedir el envío de las peticiones cuyo examen estime oportuno».

⁸³ Previsión esta que ha sido objeto de alguna crítica y que, de hecho, se aplica con laxitud por el propio Parlamento Europeo. Véase LAVILLA RUBIRA, J. J., *El derecho de petición al Parlamento Europeo*, op. cit., pg. 183.

car en audiencia a los peticionarios y solicitar de la Comisión Europea los documentos oportunos (art. 173 RPE). Como resultado de ello, el Parlamento puede aprobar resoluciones o remitir la cuestión a las demás Instituciones. En todo caso, semestralmente debe elaborar un informe con las peticiones recibidas.

Por lo demás, el actual art. 194 se recoge, manteniendo su redacción actual, en el art. III-334 del Proyecto de Tratado Constitucional. Asimismo, el art. I-10.2.d) reconoce el derecho de los ciudadanos europeos a presentar peticiones ante el Parlamento Europeo en la misma línea que el art. 21 actual. En fin, tal vez pueda entenderse reconocido de manera implícita el derecho de petición ante otras instituciones comunitarias al amparo de lo dispuesto en el art. I-47 del Proyecto de Tratado Constitucional, relativo al principio de democracia participativa, cuyo apartado 1 dispone que «las instituciones de la Unión darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones sobre todos los ámbitos de acción de la Unión», mientras que su apartado 2, añade que «las instituciones de la Unión mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil».

b) *Su aplicación al ámbito militar*

El resultado de todo ello es relativamente irrelevante en relación con el ámbito militar por el momento, debido a la exigencia de que la cuestión recaiga sobre una competencia propia de las Instituciones, circunstancia que, como hemos comprobado al inicio de estas páginas, no va a ser muy común en la mayor parte de los casos. Ello no ha impedido, sin embargo, alguna iniciativa, precisamente de origen español, que, si bien no ha llegado al fin querido por sus autores, sin embargo, nos proporciona alguna información no desdeñable acerca del ejercicio de este derecho a escala europea. Se trata de una petición presentada ante el Parlamento Europeo por parte de la Asociación de Militares Españoles en 2002, en la que se solicita, al amparo del art. 22 de la Constitución Española de 1978, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la STC 219/2001, que se requiera a España la modificación del art. 181 de las RROO y el art. 3.c) de la LODA, de manera que se eliminen las trabas legales al asociacionismo militar⁸⁴. Dicha petición fue remitida a la Comisión de Peticiones por el Pleno⁸⁵, la cual, tras admitirla a trámite⁸⁶, solicitó que la Comisión, de acuerdo con lo establecido en el art. 175.4 del Reglamento, evacuara un

⁸⁴ Petición al Parlamento Europeo núm. 1384/2002, de 16 de octubre de 2002. Por cierto, es de reseñar que, aprovechando las posibilidades ofrecidas por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación, la queja se presentó por correo electrónico.

⁸⁵ Véase el Acta de la Sesión plenaria de los días 18 a 21 de noviembre de 2002, documento PE 325.099, pg. 14.

⁸⁶ La admisión a trámite se produjo el 24 de julio de 2003.

informe acerca de su viabilidad. En él la Comisión⁸⁷ destaca que no existe normativa alguna en el derecho comunitario que regule el derecho de asociación y que, por otro lado, el art. 137.5 del Tratado de la Comunidad Europea excluye al derecho de asociación de los ámbitos en los que la Comunidad puede complementar las acciones de los Estados miembros en política social, incluso mediante la aprobación de directivas. A la vista de dicha respuesta, la Comisión de Peticiones acordó dar por concluido su examen en su sesión de 7 de octubre de 2004.

Es verdad que la asociación autora de la petición no ha conseguido su objetivo, pero el desarrollo de su tramitación que acabamos de exponer permite extraer consecuencias interesantes, como es, sobre todo, la posibilidad de un ejercicio colectivo del derecho de petición por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas⁸⁸, ejercicio que, en cambio, les está vedado en el derecho nacional interno a tenor de lo establecido en el art. 29.2 CE, reiterado en el art. 1.2 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, del Derecho de Petición⁸⁹. Esta apreciación por parte del Parlamento Europeo resulta destacable por cuanto resuelve una controversia que no hubiera estado ausente de fundamento, esto es, si en el ámbito comunitario, a pesar del silencio de los Tratados, podía imponerse semejante restricción sobre el derecho de petición de los militares. La base pudiera haberla proporcionado, ante el silencio del Convenio de Roma, la referencia, ya mencionada, del art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea al respeto de la Unión a los derechos fundamentales «tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario»⁹⁰.

⁸⁷ La respuesta escrita de la Comisión se recibe el 6 de julio de 2004 por el Parlamento Europeo. Véase documento PE 346.777, de 16 de julio de 2004.

⁸⁸ La petición fue presentada por José Conde Monge en nombre de la Asociación de Militares Españoles y acompañada de otras dos firmas.

⁸⁹ Además, el art. 199 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre, dispone que el militar sólo pueda ejercer el derecho de petición individualmente, en los casos y con las formalidades previstas por la ley, mientras que el artículo 203 añade que no se podrá solicitar ni conceder autorización para presentar reclamaciones o peticiones colectivas. En parecidos términos se expresa el artículo 160 de la Ley 17/1999 al prescribir que el «militar podrá ejercer el derecho de petición, individualmente, en los casos y con las formalidades que señala la Ley reguladora del mismo». Por su parte, el artículo 15.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece que los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos ni hacer peticiones colectivas; individualmente podrán ejercer el derecho de petición en los términos establecidos en su legislación específica. En fin, en relación también con el propio Instituto, el art. 99 de la Ley 42/1999 reitera que los guardias civiles pueden ejercer individualmente el derecho de petición en los casos y con las formalidades que señala su Ley reguladora.

⁹⁰ A este respecto no deben olvidarse las novedades contempladas en el Proyecto de Tratado Constitucional, el cual, por otro lado, contiene una previsión de importancia notable en relación con el derecho estudiado, ya apuntada en páginas anteriores pero que conviene reiterar en este momento. Se trata del art. II-112.4, de acuerdo con el cual, «aquellos derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales

Y es que, en este sentido, aunque en el derecho comparado la regla general ha sido la falta de prohibición al respecto⁹¹, no han faltado supuestos en que sí se regula dicha exclusión o, al menos, se somete su ejercicio a algunos condicionantes. En concreto, en la Unión Europea, no son pocos los ejemplos de esta toma de posición. Al margen de España, según se ha visto, merecen mención Alemania, la siempre restrictiva Francia, Portugal y, con matices, Italia. En Alemania, el art. 17.a.I de la Ley Fundamental de Bonn faculta a las leyes acerca del servicio militar para restringir el derecho de petición colectiva de quienes pertenezcan a las Fuerzas Armadas, facultad de la que ha hecho uso la Ley de derechos del soldado de 1975⁹², si bien, a modo de contraprestación, se ha dado un amplio desarrollo al Defensor del Pueblo militar. Algo parecido puede decirse de Francia, donde, ante el silencio de la Ley 2005-270, de 26 de marzo, reguladora del estatuto general de los militares, seguidora en este sentido de la 72-662 a la que viene a sustituir, ha de acudir al Reglamento de disciplina general en los Ejércitos, cuyos arts. 12 y 13.8 reconocen el derecho de presentar individualmente propuestas de mejora de las condiciones del servicio, a la vez que prohíben cualquier tipo de petición o recurso de carácter colectivo⁹³.

comunes de los Estados miembros que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones».

⁹¹ Así lo ha subrayado GARCÍA ESCUDERO, J. M^º., Derecho de petición, Edersa, Madrid, 1988, pg. 264, quien cita sólo a las Constituciones de Perú y Guatemala como ejemplos en este sentido.

⁹² En concreto, establece lo siguiente: «Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst können bestimmen, daß für die Angehörigen der Streitkräfte und des Ersatzdienstes während der Zeit des Wehr- oder Ersatzdienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Artikel 8) und das Petitionsrecht (Artikel 17), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden in Gemeinschaft mit anderen vorzubringen, eingeschränkt werden». [«Las leyes sobre el servicio militar y el servicio sustitutivo podrán disponer que para los individuos de las Fuerzas Armadas y los componentes del servicio sustitutorio queden limitados, durante el tiempo de prestación de uno u otro, el derecho fundamental a expresar y difundir libremente la propia opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen (art. 5, par. 1, primer inciso, primera oración), el derecho fundamental de libertad de reunión (art. 8.o) y el derecho de petición (art. 17), en la medida en que se atribuya el derecho a presentar ruegos o quejas en grupo»]. El desarrollo de esta previsión constitucional se contiene en el art. 34 de la Ley de 19 de agosto de 1975, reguladora del estatuto legal de los militares, que se limita a reconocer su derecho de y a remitir los detalles a una reglamentación específica «Der soldat hat das Recht, sich zu beschweren. Das Nähere regelt die Wehrbeschwerdeordnung». Ésta es la Regulación de 16 de enero de 1991, sobre quejas militares [Wehrbeschwerdeordnung], cuyo parágrafo 1.4 establece que «no se admiten las quejas colectivas. A este respecto, el derecho de petición está limitado de acuerdo con el art. 17 de la Ley Fundamental» [Gemeinschaftliche Beschwerden sind unzulässig. Insoweit wird das Petitionsrecht nach Artikel 17 des Grundgesetzes eingeschränkt]. En la práctica, la prohibición alcanza incluso a las peticiones presentadas individualmente pero de cuyo objeto se deduzca una voluntad colectiva. A este último respecto, véase ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., El derecho de petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense, Editorial Comares, Granada, 1999, pg. 168.

⁹³ El art. 12 dispone que «Le militaire peut individuellement saisir de propositions visant à améliorer les conditions d'exécution du service ou la vie en communauté ainsi

Por su parte, en Portugal el art. 270 de su Constitución permite restringir, entre otros, el ejercicio del derecho de petición colectiva por parte del personal militar, así como de los agentes militarizados en servicio activo⁹⁴. En desarrollo de esta previsión la Ley de defensa nacional y de las Fuerzas Armadas⁹⁵, ha prohibido durante muchos años presentar peticiones colectivas sobre asuntos de carácter político, o relativas a las Fuerzas Armadas⁹⁶. En la actualidad, sin embargo, el régimen es bastante más favorable, a resultas de lo dispuesto en el art. 31E⁹⁷, introducido por la LO 4/2001, de 30 de agosto, puesto que se admiten las peticiones colectivas presentadas ante los órganos de soberanía –término que es aproximadamente equivalente al nuestro de órganos constitucionales– u otras autoridades, siempre que no incidan sobre la conducción de la política de defensa, no pongan en riesgo la unidad y disciplina de las Fuerzas Armadas, ni su neutralidad política o sindical ni su apartidismo.

Mención aparte merece Italia. Aquí, el derecho de petición aparece en el art. 50 de su Constitución de 1947 en los siguientes términos: «todos los ciudadanos pueden dirigir peticiones a las Cámaras para solicitar medidas legislativas o exponer necesidades comunes». Se trata, como es obvio, de un derecho político, reservado a los ciudadanos, de posible ejercicio colectivo, con la Cámara de los Diputados y el Senado como únicos destinatarios y que incorpora también la iniciativa legislativa popular, luego desarrollada en el art. 71 de la propia Constitución. Nada se dispone en la Ley 382/1978, de 11 de julio, que regula las normas de principio sobre disciplina militar, acerca de este derecho, lo que, *prima facie*, parece mantener en el ámbito castrense el régimen general del resto de los ciudadanos. Sin embargo, durante mucho tiempo el art. 180.1 del Código Penal Militar de Paz⁹⁸ tipificó como delito la petición colectiva sobre asuntos del servicio o de la disciplina, en una regulación declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126, de 2 de mayo de 1985, por entenderla contraria

que de questions relatives à sa situation personnelle, soit l'autorité supérieure, par la voie hiérarchique, soit s'il y a lieu, les organismes créés à cette fin».

⁹⁴ Su texto completo es el siguiente: «Art. 270^o Restrições ao exercício de direitos. A lei pode estabelecer restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e forças de segurança, na estrita medida das exigências das suas funções próprias».

⁹⁵ Ley 29/1982, de 11 de diciembre.

⁹⁶ Su art. 31.8 establecía en concreto que «Os cidadãos referidos no núm. 1 [militares y agentes militarizados de los cuadros permanentes y contratados en servicio efectivo] não podem promover ou apresentar petições colectivas dirigidas aos órgãos de soberania ou aos respectivos superiores hierárquicos sobre assuntos de carácter político ou respeitantes às Forças Armadas».

⁹⁷ Bajo el rótulo «Direito de petição colectiva», establece que: «Os cidadãos referidos no artigo 31^o têm o direito de promover ou apresentar petições colectivas dirigidas aos órgãos de soberania ou a quaisquer outras autoridades, desde que as mesmas não incidam sobre a condução da política de defesa nacional, não ponham em risco a coesão e a disciplina das Forças Armadas nem desrespeitem o dever de isenção política e sindical ou o apartidarismo dos seus elementos».

⁹⁸ Aprobado por RD 20 febrero de 1941, núm. 303, aunque sucesivamente reformado.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y FUERZAS ARMADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

a la libre manifestación del pensamiento, ni siquiera aceptable en razón de las exigencias del ordenamiento militar⁹⁹. A partir de esta resolución, sólo permanece en vigor el anteriormente numerado como párrafo segundo, que prohíbe la presentación colectiva, entendiéndose por tal la concurrencia de, al menos, cuatro personas, de peticiones, propuestas o reclamaciones, cuando medie manifestación pública¹⁰⁰.

Podemos hablar, por tanto, de no menos de cinco Estados en los que aparecen restricciones a la presentación colectiva de peticiones por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, lo que hubiera resultado una justificación no desdeñable para haber rechazado la admisión a trámite de la petición. Sin embargo, la actitud tomada por el Parlamento Europeo sienta un precedente que puede resultar muy útil de cara a años venideros en los que, como hemos señalado, el desarrollo que ya ha conocido, y que previsiblemente conocerá la política de seguridad y defensa, permite adivinar una importancia futura no desdeñable de estas peticiones presentadas por los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁹⁹ Un comentario de esta Sentencia puede verse en BLANQUER, D., Ciudadano y soldado, op. cit., pgs. 570 y ss.

¹⁰⁰ «*Se la domanda, l'esposto o il reclamo è presentato da quattro o più militari mediante pubblica manifestazione, la pena è della reclusione militare da sei mesi a tre anni*».