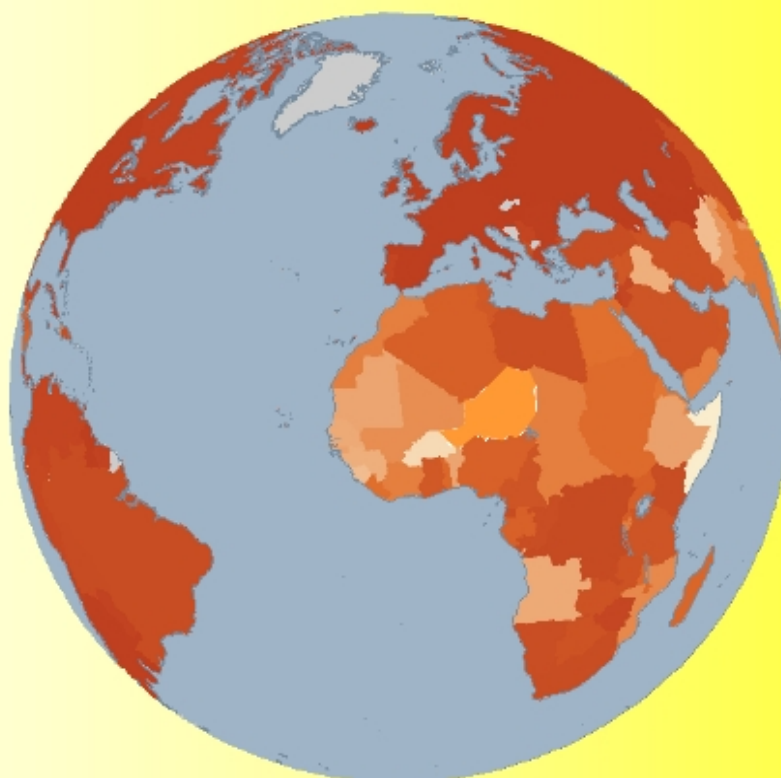




DOCUMENTOS

DE SEGURIDAD Y DEFENSA



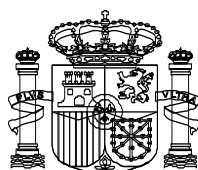
PERSPECTIVAS DEL PERSONAL
MILITAR PROFESIONAL.
INGRESO, CARRERA PROFESIONAL
Y SISTEMA DE RESPONSABILIDADES



CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL

***PERSPECTIVAS DEL PERSONAL
MILITAR PROFESIONAL.
INGRESO, CARRERA PROFESIONAL
Y SISTEMA DE RESPONSABILIDADES***

Mayo de 2010



MINISTERIO DE DEFENSA

ÍNDICE

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	0
<i>Por Guido Tessainer Tomasich</i>	
ADQUISICIÓN (ACCESO) A LA CONDICIÓN DE MILITAR DE CARRERA.....	00
<i>Por Pedro T. Nevado-Batalla Moreno</i>	
EL TÉRMINO DE LA CARRERA MILITAR.....	00
<i>Por Julián Sánchez Esteban</i>	
RÉGIMEN DE DERECHOS DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DERECHOS DE CONTENIDO ECONÓMICO.....	00
<i>Por Francisco Javier Fragozo Martínez</i>	
SINGULARIDADES Y PERSPECTIVAS SOBRE EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR.....	00
<i>Por Pedro T. Nevado-Batalla Moreno</i>	
EL FOMENTO DE LA VOCACIÓN MILITAR A TRAVÉS DE LAS ACTIVIDADES UNIVERSITARIAS DE DIFUSIÓN Y CONOCIMIENTO DE LA CULTURA DE DEFENSA NACIONAL.....	00
<i>Por Guido Tessainer Tomasich</i>	
PLANEACIÓN EFICIENTE DE LOS RECURSOS HUMANOS EN LAS FUERZAS MILITARES COLOMBIANAS: DE LA ADECUACIÓN DE LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE AL EJERCICIO DE LA «FACULTAD DISCRECIONAL».....	00
<i>Por Javier G. Rincón Salcedo</i>	
COMPOSICIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO.....	00

INTRODUCCIÓN

Decía Almirante al prologar su obra Bibliografía Militar de España que:

«Es un deber de cortesía y lealtad manifestar brevemente al lector, cuando se le presenta una obra, no sólo su objeto y origen, los procedimientos materiales con que se ha trabajado, los tiempos y circunstancias especiales en que se ha escrito; sino también la aptitud, la predisposición, la manera de ver, de buscar, de estudiar, de juzgar: el criterio, en fin, del autor»¹.

En nuestro caso esta tarea resulta más compleja habida cuenta que no se trata de manifestar un criterio o una metodología, sino que se debe estar al criterio y metodología de cinco autores que, sin embargo, no resulta excesivamente complejo habida cuenta que todos los autores han trabajado con un mismo común denominador: desde la conciencia de la significativa importancia de las Fuerzas Armadas en el conjunto del Estado, se ha orientado la atención al estudio del personal militar profesional tomando cinco áreas de referencia y análisis específico, junto a una quinta de enriquecedor estudio comparado.

Así las cosas, este Documento gana distancia al relativo retraso que los estudios sobre la función pública militar han tenido y tienen respecto a la función civil. Servidores públicos todos, pero marcado en el caso militar por una serie de notas caracterizadoras en el desempeño de su función que hacen, en el marco de la función pública del Estado, que el servidor militar presente, en alguno de sus perfiles, un mayor crecimiento en su listado de obligaciones y más limitaciones en su haz de derechos. Y ello es necesario al objeto de

¹ ALMIRANTE, J.: *Bibliografía militar de España*, Imprenta y Fundición de Manuel Telo, Madrid, 1876.

dar una respuesta óptima a los intereses generales y fines cuya garantía la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas.

En otras palabras, sobre los principios rectores de la función pública y la identidad con no pocas normas que integran su bloque normativo, dadas las peculiaridades del servicio que nuestro Texto Fundamental exige a las Fuerzas Armadas, la Defensa Nacional, resulta obligado otorgar un especial tratamiento a sus servidores. Y es que, a mayor abundamiento, cuando se cita el concepto o la idea de Defensa Nacional, se está aludiendo a la justificación de la propia existencia de la institución militar que como ya tempranamente definieran Oviedo y Guaita en sus manuales sobre Derecho Administrativo, debe ser concebida como un auténtico servicio público respecto al que ya no resulta distante o esforzado apreciar su actividad prestacional en periodo de paz o normalidad constitucional; en la actualidad ese servicio público que es la Defensa Nacional se aprecia con facilidad en el día a día de las Fuerzas Armadas, en su modelo y organización destinada a arropar a la sociedad española y a la comunidad internacional allí donde España ha asumido compromisos de paz y seguridad. Y es que, en estos momentos la sociedad es consciente o puede apreciar de manera tangible la prestación material de las Fuerzas Armadas sin tener que hacer esfuerzos imaginativos a una indeseada situación bélica, y dicha prestación se visualiza a través del personal militar que, por sí mismo, representa, encarna lo que es el servicio público de la Defensa Nacional.

Efectivamente, a mayor abundamiento, nada de lo expuesto se lograría sin el elemento personal que haciendo de su profesión el servicio a los demás, lo ha decidido además en el seno de una institución de naturaleza militar. Es decir, estos servidores públicos hacen cristalizar cada una de las manifestaciones de nuestra Defensa Nacional y como tantas veces se ha repetido, pero no es baladí repetirlo una vez más, son las personas las que mantienen el perfil de una organización y en el caso de las Fuerzas Armadas, no sólo se mantiene alto gracias a su personal sino que además es la mejor garantía para afirmar con absoluta convicción que los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas en el marco de la política de defensa son un punto de partida y de llegada.

Obviamente, las consideraciones expuestas no son incompatibles con la constatación de una realidad jurídica, en ocasiones, complicada, marcada como ya hemos anticipado por un régimen jurídico que, atendiendo a la unidad de la Administración, debe dar

respuesta a no pocas peculiaridades impescindibles, habida cuenta de la especificidad de la función militar. Es este el eje sobre el que ha pivotado el trabajo del grupo de investigación cuyo resultado final ahora se presenta: examinar, reflexionar y describir sobre la figura del personal militar profesional.

Pues bien, el Documento que ahora se presenta, aborda cuatro capítulos concretos del Estatuto del Militar Profesional, una exposición del elemento vocacional que debe acompañar a todo militar y su fomento, para terminar con un capítulo de Derecho Comparado. A saber:

- 1. Se examina el acceso a la condición de militar de carrera desde su marco normativo de referencia, con especial atención a los principios constitucionales de mérito y capacidad.*
- 2. Se procede al estudio de los principales aspectos de la situación del personal militar una vez finalizada su prestación de servicios en la situación de servicio activo, bien por edad o por insuficiencia de aptitudes psicofísicas.*
- 3. Se ha analizado el régimen de derechos y obligaciones del personal militar desde la perspectiva de las especificidades del desempeño de sus funciones y las exigencias que de ello derivan. Sobre esta cuestión cabe apuntar, por una parte, que el listado de derechos hace proveer al personal militar de los recursos y motivación jurídica necesaria para sostener adecuadamente el desempeño de su función y, por supuesto, tener dicha profesión como medio de vida. Por otra parte, el haz de obligaciones permite confirmar un sistema que asegura la completa juridicidad de la actuación de las Fuerzas Armadas a través de su personal como parte del varillaje que sustenta el conjunto del Estado de Derecho*
- 4. El capítulo del grupo de trabajo se ha dirigido al análisis del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas como sistema de reacción particularizado en el ámbito de la función pública con reconocimiento y habilitación constitucional. Y es que, el personal militar como integrantes físicos y titulares, en su caso, de las unidades militares encargadas de ejecutar la política de defensa, asumen una posición de privilegio por los medios a su alcance (que incluye el uso de la fuerza) y una responsabilidad propia en el cumplimiento de los condicionantes y exigencias derivadas aquella política en el marco trazado por la Constitución.*
- 5. Separado de la perspectiva jurídica que hasta ahora ha sido el hilo conductor del resto de estudios, se presenta una descripción de la actividad académica de la Cátedra*

“Almirante Martín Granizo” como instrumento para difundir la cultura de Defensa Nacional y los calores que de ella se desprenden con el doble objetivo de alcanzar un mejor conocimiento de nuestras Fuerzas Armadas y, de manera consecuente, fomentar las vocaciones hacia la función militar desde un mejor entendimiento y comprensión.

6. *Finalmente, se ha incorporado un capítulo comparado sobre la gestión y planeamiento de los recursos humanos en la República de Colombia debido a su interés como reseña comparada de un Estado en el que las Fuerzas Armadas son patrón de referencia en el ámbito iberoamericano tan próximo a España y a sus intereses.*

A la vista de las consideraciones expuestas, puede decirse que el grupo de investigación ha tratado de acercarse a la realidad del elemento fundamental de las Fuerzas Armadas, su personal, a través de una óptica jurídica, socio académica y comparada con el objetivo de alcanzar un mejor conocimiento de un colectivo que tanto y de manera tan fundamental contribuye al rendimiento y estabilidad de nuestra democracia.

GUIDO TESSAINER TOMASICH
Coronel de Ingenieros (R)

ADQUISICIÓN (ACCESO) A LA CONDICIÓN DE MILITAR DE CARRERA

Consideraciones previas

Delimitando el objeto de nuestro estudio debe apuntarse, con carácter previo, que a diferencia de no pocos puestos de la Administración General del Estado en los que la superación de las correspondientes pruebas selectivas conducen a la adquisición de la condición de servidor público con aptitud e habilitación suficiente para el desempeño de las funciones que estén legalmente determinadas¹, en el caso de las Fuerzas Armadas, la superación de las correspondientes pruebas selectivas conducen, en todo caso, a adquirir la condición de alumno que, caracterizado jurídicamente como militar pero sin relación profesional alguna, carece de capacidad para el desempeño de las funciones propias del empleo que en el futuro adquirirá una vez supere el periodo de formación en el centro docente militar que se trate².

Y no estamos hablando de un periodo de prácticas o la superación de un curso de formación, estamos ante la perspectiva de un auténtico programa de estudios que de

¹ Véase artículo 62 del Estatuto Básico del Empleado Público.

² Según el artículo 67 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, al hacer su presentación, los que ingresen en los centros docentes militares de formación firmarán un documento de incorporación a las Fuerzas Armadas según el modelo aprobado por el ministro de Defensa, salvo aquellos que ya pertenezcan a éstas, y serán nombrados alumnos. A partir de dicho momento tendrán condición militar, sin quedar vinculados por una relación de servicios profesionales, quedando sujetos al régimen de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares. Precepto que se confirma por la previsión del artículo 76 de la misma norma al establecer las exigencias para adquirir la condición de militar de carrera. Precepto que se confirma por la previsión del artículo 76 de la misma norma al establecer las exigencias para adquirir la

manera particular y especializada prepara y forma al profesional militar para el desempeño de sus funciones.

Consecuentemente, podemos constatar que los presupuestos fundamentales para la adquisición de la condición de militar profesional son, por un lado, el ingreso en un centro docente militar y, por otro, la superación del correspondiente plan de estudios, marcándose una destacada vinculación entre la idea de acceso a la función pública militar y la enseñanza militar. Y es que, el aspirante seleccionado, una vez que ingresa en el centro de formación correspondiente (recibiendo el nombramiento de alumno) y demuestra su aptitud al superar el correspondiente plan de estudio, obtendrá su primer empleo militar en el que adquirirá la condición de militar profesional³.

Pero aún hay más, por lo que se refiere a la superación del correspondiente plan de estudios, su relevancia no se limita a la verificación de una de las condiciones necesarias para el acceso a la condición de militar profesional. El desarrollo personal del concreto plan de estudios, su aprovechamiento e interés en el mismo, expresado en la consiguiente calificación académica obtenida al finalizar el mismo, condicionará en buena medida el futuro profesional del interesado.

Bloque normativo de aplicación: examen y consideraciones

Pues bien, superada completamente la diversidad normativa que hasta la publicación de la Ley 17/1989 determinaba el acceso a la condición militar con diferencias en los límites de edad, condiciones físicas, programas, titulación académica exigida etc., en la actualidad el acceso a la condición militar, en bloque normativo, se caracteriza por su relativa simplicidad, manifestación inequívoca de la completa normalización de los procedimientos de acceso a la función pública, en este caso militar, en el marco de un Estado Democrático y de Derecho en el que dicho acceso se configura como un derecho de carácter fundamental⁴.

En este contexto normativo que hemos inicialmente definido como de relativa simplicidad, el referente básico viene representado por la Ley 39/2007, de 19 de

condición de militar de carrera.

³ Adquisición de la condición de militar profesional donde podrán apreciarse sin dificultad los rasgos que determinan tradicionalmente la figura del funcionario público:

- Voluntariedad.
- Legalidad del nombramiento.
- Permanencia (estabilidad).
- Integración en plantillas administrativas.
- Profesionalidad.
- Intervención del Derecho Administrativo.

⁴ Artículo 23 de la Constitución.

noviembre, de la Carrera Militar y, en concreto, por su artículo 56 que, más en la línea de la derogada Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública que en la del actual Estatuto Básico del Empleado Público⁵, viene a sintetizar de una manera muy loable los principales postulados en materia de acceso a la función pública, aunque con algunas ausencias que si bien no plantean mayores dificultades jurídicas, aminoran la capacidad del precepto y de la propia norma en la que se integra, para establecer de manera integral el régimen de acceso a la condición de militar profesional. A saber:

1. Establecimiento de los sistemas tradicionales de concurso, oposición o concurso-oposición. No obstante, la norma no determina cuál de los sistemas debe ser empleado de manera ordinaria. Obviamente, debemos deducir en el contexto de todo procedimiento de selección que el sistema general es la oposición o, en su caso, el concurso-oposición, pero no hubiera estado de más establecerlo de manera expresa⁶.
2. Garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, dejando abierto el listado de principios a todos aquellos que resulten de aplicación. Principios que, pese a su conocimiento y exigencia preceptiva, podrían haberse citado en base a esa intención ya expresada de establecer un régimen integral. Y es que, no es baladí recordar y expresar en la norma de referencia principios como los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, libre concurrencia, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, o agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección, en la misma línea que lo hace el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
3. Establecimiento de los requisitos generales de acceso, con el establecimiento de la edad mínima en 18 años (16 años establece el Estatuto Básico del Empleado Público), una referencia expresa a la incorporación de extranjeros a las Fuerzas Armadas⁷, y una especial atención a la capacidad, antecedentes penales y hallarse

⁵ No puede obviarse que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público es anterior a la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar sin que el impacto del Estatuto se perciba de manera particularmente intensa en la norma militar.

⁶ El artículo 61.6 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que sólo en virtud de Ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

⁷ Con carácter general el artículo 3.5 de la Ley de la Carrera Militar, dispone que los extranjeros en situación de residencia legal podrán vincularse a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal

procesado criminalmente, además de la habitual incompatibilidad de quien ha sido separado disciplinariamente del servicio en cualquier Administración Pública.

De los requisitos generales de acceso enunciados, cabría hacer dos consideraciones:

- Por un lado, en relación a la edad, hubiera sido deseable que la norma, con su rango de ley, hubiera establecido los límites de edad que no se pueden superar y no a través de la vía reglamentaria como se indica en el artículo 56.3 *in fine* de la Ley. Y ello para dotar de la garantía que ofrece la fuerza de ley a una cuestión que siendo obvia, en ocasiones no lo es tanto y se relativiza.

Nos explicamos: es equivocado entender que todo ciudadano, desde el momento que tiende derecho a acceder a la función pública, en tanto no se haya operado la extinción conectada a la edad de jubilación, tiene abiertas, cualquiera que sea su edad, las posibilidades de ocupar cualquier puesto de la organización pública. Y es errado ya que la edad es en sí un elemento diferenciador de carácter objetivo, siendo legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos. En esta línea, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/2004, de 11 de marzo de 2004 ha señalado que: «El derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal. En efecto, en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos.»

Pero frente a este planteamiento que, sin duda resulta de una claridad meridiana y está avalado por el máximo intérprete constitucional, puede esgrimirse de manera razonable que es discriminatorio el limitar la edad máxima de acceso a un puesto en la función pública, cuando tal límite no es objetivo ni se motiva, mucho más cuando

como militares de tropa y marinería en los casos y por los procedimientos regulados en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería y como militares de complemento de acuerdo con lo previsto en esta ley.

el superar el filtro de unas pruebas físicas, ya de por sí acredita el adecuado perfil del aspirante en relación a las tareas a realizar⁸.

- Por otro lado, respecto a la inexistencia de antecedentes del aspirante, qué duda cabe, que esta preocupación por la intachable conducta del aspirante se vincula al deseo que el propio legislador expresa en la Exposición de Motivos de la Ley de asegurar la calidad del personal de las FAS partiendo de buenos ciudadanos cuyos valores serán acrecentados durante su estancia en las Fuerzas Armadas⁹.

4. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y la enseñanza que se va a cursar, o en su caso, las funciones o tareas a desarrollar.

Consideración que revela, bien a las claras, la discrecionalidad existente a la hora de convocar unas pruebas selectivas por cuanto, como ha fijado la jurisprudencia, los méritos y capacidades para ocupar un puesto en cualquier Administración Pública, le corresponde fijarlos a la propia Administración, en virtud del principio autoorganizativo que es preciso reconocerles, ya que son las Administraciones las que tienen conocimiento de los perfiles necesarios en sus funcionarios y empleados para el mejor desempeño de sus funciones. Afirmación que debe leerse de manera más intensa cuando estamos ante profesionales que van a integrar los cuadros de personal de las Fuerzas Armadas.

⁸ Véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, de 11 de febrero de 2008, rec. 311/2007.

⁹ Significativamente se dice en el párrafo segundo del Preámbulo de la Ley de la Carrera Militar: «Se trata de asegurar la calidad del personal en unas Fuerzas Armadas modernas y altamente tecnificadas, donde los recursos humanos constituyen un factor esencial y determinante. Por consiguiente, la política de personal no sólo debe pretender cubrir las necesidades cuantitativas de los Ejércitos, sino alcanzar la excelencia, tanto en la etapa formativa como en la selección de los más cualificados para el ascenso y de los más idóneos para el desempeño de los distintos destinos. Planteamiento que el párrafo III del mismo Preámbulo complementa con la referencia al perfil «buen ciudadano» que se requiere para quienes aspiran a incorporarse a las Fuerzas Armadas: «Esta Ley tiene muy en cuenta que quien se incorpora a las Fuerzas Armadas adquiere condición militar y queda sujeto a un régimen específico. El objetivo es, partiendo de un buen ciudadano, acrecentar sus valores como tal durante su permanencia en las Fuerzas Armadas, convertirlo en un excelente servidor público y hacerlo militar, es decir, depositario de la fuerza y capacitado y preparado para usarla adecuadamente. Aquél a quien se confía el uso de la fuerza debe adquirir el compromiso de emplearla en la forma y con la intensidad que la Nación, a través de las Cortes Generales y del Gobierno, ordene hacerlo de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento. Militar que también debe estar en disposición de afrontar las misiones de las Fuerzas Armadas en situaciones de crisis o emergencias.»

Discrecionalidad que, como en otros ámbitos no es absoluta por cuanto la decisión en que se concreta su uso debe estar vinculada, como así exige la norma, a la enseñanza que se va a cursar, o en su caso, a las funciones o tareas a desarrollar.

5. Inexistencia de diferencias por razón de género, salvo las derivadas de las distintas condiciones físicas que, en su caso, puedan considerarse en el cuadro de condiciones exigibles para el ingreso.

Respecto de las distintas exigencias de condiciones físicas por razón de sexo, debe partirse de una consideración general admitida de manera pacífica: la exigencia de superación de determinadas pruebas físicas no son superficiales, innecesarias o injustificadamente discriminatorias de los candidatos que no las superen, porque que la exigencia de buena forma física no excluye a nadie y por lo tanto una buena preparación de esta clase es una exigencia lógica a los aspirantes al puesto que se trate¹⁰, mucho más en el caso de las Fuerzas Armadas donde las condiciones físicas son especialmente determinantes de la eficacia en el ejercicio de la profesión militar. En otras palabras, tomando como referente la doctrina jurisprudencial al respecto, las pruebas físicas tienen por finalidad poner de manifiesto que los aspirantes poseen la capacidad funcional necesaria para realizar de forma habitual y constante las tareas encomendadas al Cuerpo en el que se pretende ingresar. Por ello, al tener que acreditarse tal capacidad en un reducido espacio de tiempo y mediante la realización de un limitado número de ejercicios, es evidente que éstos deben tener la entidad suficiente para demostrar que los opositores reúnen las condiciones funcionales exigibles. Así, no pueden considerarse excesivas ni ilegales las pruebas de resistencia y de esfuerzo contempladas en las bases.

Cuestión distinta en cuyo ruedo especulativo y de debate no entramos, es si precisamente en el ámbito de las Fuerzas Armadas donde hemos convenido que las condiciones físicas son especialmente determinantes de la eficacia en el desempeño de la función (especialmente en unidades operativas), se justifica la diferenciación de pruebas físicas por razón de sexo.

6. Valoración del tiempo servido en las Fuerzas Armadas. Sobre esta cuestión conviene consignar que deben evitarse desviaciones en la fase de concurso que pueden

¹⁰ Véase entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 13 de noviembre de 2008, rec. 4035/2004.

derivar del problema de la valoración o sobrevaloración de los servicios previos prestados en la Administración convocante, en ese caso el Ministerio de Defensa. Problema que trae su causa en la colisión de varios principios:

- Por un lado el ya conocido y varias veces mencionado principio de igualdad en el acceso a la función pública conjugado con el principio de libre acceso a cargos y funciones públicas.
- Por otro lado, los principios de capacidad y eficacia que mueven a la Administración a seleccionar el más idóneo teniendo presente su conocimiento del cargo y las funciones a desarrollar. Cuestión que ha llegado a sede constitucional y que en repetidos pronunciamientos, ha fijado los criterios de compatibilidad y sujeción a la Constitución:
- Existe vulneración del principio de igualdad y por tanto discriminación cuando los méritos a valorar en la fase de concurso suponen una auténtica referencia individualizada y concreta.
- Resulta igualmente contrario al principio de igualdad y al de mérito, que los puntos obtenidos en la fase de concurso sirvan para superar la fase de oposición. Consideraciones que habrán de contemplarse en la aplicación de los criterios de selección y baremación de méritos.
- Finalmente, no podemos dejar de mencionar la ausencia de cualquier referencia a los órganos de selección, al menos, en sus aspectos básicos de configuración y de proceder (regulación de la composición y funcionamiento).

Sin duda, que el legislador de la carrera militar haya obviado alguna de las consideraciones que hemos manifestado, teniendo presente la aplicación del régimen general de acceso en el ámbito de la Administración General del Estado. Explicación o justificación que no satisface plenamente por cuanto el mismo criterio podría haberse empleado a otras muchas previsiones del citado artículo 56 y, sin embargo, sí están presentes. En este sentido, pese a que se ha avanzado mucho, desde el punto de vista técnico-jurídico las normas militares y, especialmente ésta, orientada a regular de manera integral la carrera militar deberían ser más depuradas en el sentido de completas, sobre todo respecto a cuestiones ya contempladas en el bloque jurídico-administrativo sobre la materia y contrastadas a nivel doctrinal y jurisprudencial.

El rendimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad

Teniendo presente las consideraciones expuestas, se ha construido un sistema de selección de personal en el que el rendimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad han tenido un rendimiento ciertamente elevado hasta el punto que, a diferencia de otros procedimientos de selección en el ámbito de la Administración General del Estado, los niveles de conflictividad son ciertamente menores, salvando obviamente la corrección cuantitativa producida por el acceso a las clases de tropa y marinería profesional a través del sistema de concurso-oposición.

Así las cosas, en su fase de ingreso en un centro docente militar, el sistema de acceso se caracteriza por dos notas fundamentales que fijan ya un primer nivel de rendimiento de los principios en los que hemos centrado nuestra atención:

1. La homogeneidad, salvando las características funcionales propias de cada Ejército o la Armada.
2. La convergencia con el sistema general de provisión de puestos de trabajo en el sistema general de acceso a la función pública.

La aplicación de los antedichos principios no resulta en absoluto baladí por cuanto conduce a establecer unos perfiles especialmente idóneos para el ya anunciado buen rendimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad al establecerse un espacio plano en el que, pese a las especificidades de la función militar, no se encuentran resaltes o sinuosidades jurídicas susceptible de ser causa de conflictos, más allá de lo necesario y adecuado para el interés general concretado en las necesidades de la Defensa Nacional.

Pues bien, si procedemos a analizar la norma nuclear sobre la materia, el ya conocido artículo 56 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar podemos desgranar con precisión las reglas que conducen al aseguramiento de los principios apuntados:

- Igualdad: por aplicación de los artículos 9 y 14 de la Constitución y, en particular, de su artículo 23.2. Esto es, la prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el artículo 14 de la Constitución, y concretamente en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y en las funciones públicas, en el ya citado artículo 23.2 de la Constitución, responde a uno de los valores superiores que según la Constitución y la doctrina jurisprudencial que la ha interpretado han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad. El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso

a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. Consideraciones que no excluyen, como hemos visto líneas atrás la posibilidad de realizar distinciones y diferenciar exigencias en atención a las necesidades del puesto o la enseñanza de formación a realizar¹¹.

- Mérito y capacidad, manifestado en la prohibición de todo criterio selectivo que no atienda a la capacidad intelectual y a los méritos objetivos personales, según exigencia del artículo 103.3 de la Constitución.
- Publicidad, garante de la igualdad y cauce de obtención la máxima concurrencia.

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO

Profesor titular de Derecho Administrativo

¹¹ Nada mejor para clarificar esta afirmación que acudir a la propia doctrina del Tribunal Constitucional, quien ya tempranamente supo interpretar y adecuar la aplicación del principio de igualdad, cuestión especialmente importante en los procesos de selección que nos ocupan y el tipo de pruebas que en ellos se establecen. Así, la sentencia 75/1983, de 3 de agosto, señala al respecto: «El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las sentencias de 10 julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 noviembre de 1983, así como de las sentencias 23 de julio de 1968 y 27 de octubre 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.»

EL TÉRMINO DE LA CARRERA MILITAR

Introducción

Si bien el inicio de la actividad profesional en las Fuerzas Armadas viene marcado por un acto jurídico generador de derechos y deberes, al final de esa relación profesional puede llegarse por diferentes razones, que producen muy distintos efectos jurídicos.

La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, es la norma que fija el régimen específico al que se sujeta el desarrollo del itinere profesional de quienes deciden seguir la carrera de las armas. Hasta que en el año 1989 viera la luz la primera disposición estatutaria militar, la Ley 17/1989 de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, las disposiciones organizadoras de la función militar estaban dispersas. Y aunque se daba por sentado que eran unos trabajadores más al servicio de la Administración, su *status* jurídico no estaba recogido en una disposición unitaria e integradora.

La Ley 17/1989 citada cambió la orientación. Su intención de elevar el servicio al Estado de los militares a la categoría de función pública no pudo ser recogida en el título de la Ley, pero sí quedó patente en el propio Preámbulo, en el que se define la función militar como una actividad de interés público con todas las consecuencias: subordinación al bien común, sujeción al control de los poderes del Estado y exigencia de una administración transparente de los recursos. Tal declaración se materializa en el

contenido de la norma, que abarca los contenidos de la profesión, estructurados desde una óptica integradora y finalista, que cierra el sistema con el desarrollo reglamentario.

Esta Norma Básica de la Función Militar fue modificada por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, ante la necesidad de construir un nuevo marco en la prestación de servicios, por la puesta en marcha de la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas. Y si bien la nueva norma supuso un cambio importantísimo respecto de la situación anterior, precisamente lo que menos se modificó fue la materia que nos ocupa en esta ocasión. En cualquier caso, el hito de la profesionalización del Ejército marcó un antes y un después en la consideración del militar como empleado público.

Finalmente, en el año 2007 se produjo la última modificación, que estableció el régimen del personal vigente en la actualidad. La plena adaptación a los nuevos tiempos y, sobre todo, a la nueva concepción de la defensa, hacía necesaria la modernización del tronco del Estatuto de Personal, en el que se incardina todo lo concerniente a la finalización de la carrera profesional, que es el objeto del presente trabajo, y que como en el resto de los empleados públicos, puede deberse a causas ordinarias –el retiro por cumplimiento de la edad reglamentaria– o extraordinarias por motivos psicofísicos, penales, disciplinarios, o de pérdida de aptitud profesional. A su análisis dedicaremos las siguientes páginas.

El sistema de previsión social

Desde la creación de los ejércitos permanentes fue motivo de preocupación la atención a los soldados que por edad o lesiones, se hallaban incapacitados para el combate. Hasta entonces prácticamente eran abandonados a su suerte pues las pensiones de guerra sólo alcanzaban a los nobles que ocupaban altos cargos en la organización militar, y ni siquiera siempre se cobraban. En este sentido, la soldada que venían percibiendo las tropas por participar en las guerras desde el siglo XIV, no contemplaba el cobro de pensiones por invalidez.

La creación de los hospitales militares surgió precisamente con la finalidad de prestar asilo a los pocos militares que sobrevivían no ya a las guerras, sino a las penurias y sacrificios de la vida militar. El ejemplo más característico de estas instituciones es *Los Inválidos* de París, centro creado por Luis XIV hacia el año 1670 para acoger a sus veteranos de guerras enfermos y sin hogar, y que hoy se ha convertido en uno de los principales monumentos de la ciudad, en el que reposan desde el año 1840 los restos de Napoleón.

Pues bien. Esa incipiente preocupación de los monarcas franceses por la asistencia a las tropas incapacitadas por edad o enfermedad, fue calando en las demás naciones europeas, cuyos gobernantes fueron dándose cuenta de que ello redundaba en la moral de las tropas. Y poco a poco se fueron fundando instituciones parecidas en todos los países.

Más el paso, con ser importante, no era suficiente. Se hacía necesaria la instauración de un sistema de pensiones que dignificara la existencia de los militares jubilados y de sus viudas y huérfanos.

El nacimiento de los sistemas de previsión social de los militares es distinto del de los trabajadores y además es el germen de la previsión social del resto de los funcionarios, esto es, del sistema de clases pasivas. Una primera distinción histórica, de la que deriva la duplicidad del sistema actual, es que mientras que los sistemas de los trabajadores de la industria surgen por iniciativa de los propios empleados, que constituyen las entonces denominadas sociedades de socorros mutuos, el de los militares –e insistimos, el del resto de funcionarios– es creado por el mismo Estado, que los denomina montepíos.

La primera iniciativa data del año 1755 y corresponde al entonces marqués de Mina, que propone al secretario de Guerra la creación de un Montepío Militar para socorro de viudas y huérfanos, que según él se veían obligadas a mendigar para comer. Téngase en cuenta que en aquel momento sólo se estaba hablando de los oficiales, por cuanto que sólo ellos eran considerados militares permanentes o militares de carrera.

Se pretendía pues con esta petición, instaurar un medio por el que sin aumentar cargas al real erario, pudiera proporcionarse a las viudas lo suficiente para mantenerse con el decoro adecuado a la clase de su difunto marido.

Ese primer intento fracasó porque conllevaba la retención a los oficiales en activo de una cantidad importante para el sueldo que percibían. En su lugar se aprobó el proyecto de creación de colegios de huérfanos de oficiales, que persisten en la actualidad.

Es en el año 1761 cuando se creó el primer Montepío Militar para la atención de viudas y huérfanos de oficiales. Y si bien antes de ello el colectivo había sido objeto de atención por parte del Rey, que asignó fondos de su Real Tesorería para repartirlos entre las viudas a partir del año 1717, no es menos cierto que la creación del Montepío supuso el primer intento serio del Estado ilustrado, de asumir las funciones sociales que tradicionalmente venía ejerciendo la Iglesia, a través de la promoción del bienestar de los todavía súbditos.

Pero no todas las viudas de militares eran beneficiarias del Montepío Militar, ni siquiera todas las viudas de oficiales. Por esa razón, fueron apareciendo nuevos montepíos, que poco a poco fueron extendiendo la atención a viudas y huérfanos a los distintos grados de los ejércitos. De igual modo, este sistema público de previsión se extendió a otros sectores de trabajadores al servicio de la administración e incluso aparecieron montepíos privados, siendo el primero de esta índole el de los abogados de Zaragoza.

Paralelamente, los montepíos ampliaron su campo de actividad, especializando su cobertura en los riesgos de larga duración. De la viudedad y orfandad se pasó a cubrir otro tipo de contingencias igualmente necesarias, como la supervivencia o vejez y la invalidez en sus dos formas, la ordinaria y la causada en acto de servicio. Por ello pasaron por grandes apuros financieros, lo que requirió la intervención y apoyo del Estado, que finalmente asumió las funciones de los montepíos oficiales, mediante la creación del sistema de clases pasivas.

Los apuros apuntados dieron lugar a numerosos impagos y retrasos en el cobro de prestaciones en los diversos montepíos, hasta que en el año 1831 el Estado se vio obligado a incautarlos. Ahora bien, esta incautación se produjo no sólo por la situación de los montepíos, sino por la necesidad de la Real Tesorería de proveerse de fondos. La desamortización por tanto alcanzó a este sistema de previsión social, que siguió en plena vigencia aunque absorbido por el Estado en la Ley de Presupuestos del año 1835, de forma que éste recaudaba los fondos y los distribuía con arreglo a la normativa anterior.

Esta forma de gestión fue muy criticada por su ineficacia, que dio lugar a numerosas irregularidades que iban desde la falta de cobro de las aportaciones de los socios hasta los retrasos en los pagos. Por ello, poco a poco fueron suprimiéndose los montepíos, desapareciendo el militar en el año 1857. Ello da paso a una situación transitoria en la que se intenta sin conseguirlo codificar la normativa de clases pasivas. Tienen que pasar más de 50 años hasta que finalmente en el año 1924 ve la luz el primer Estatuto de Clases Pasivas, en la que por fin se reconocen los derechos pasivos de los funcionarios civiles y militares como una carga del Estado inherente a la condición de personal a su servicio.

Este primer Estatuto se fue paulatinamente modificando por mor de todo un conjunto normativo sectorial, disperso y nunca debidamente integrado, de forma que su estudio y aplicación se fue haciendo cada vez más complicado. En todo el entramado, lo que quedó meridianamente claro desde el primer momento fue la inaplicación a los funcionarios

civiles y militares de la normativa general sobre protección social: la Ley General de Seguridad Social del año 1966, dictada al amparo de la Ley de Bases del año 1963, no es de aplicación a estos dos grupos de trabajadores públicos.

La fragmentación del sistema de clases pasivas se aprecia en la coexistencia de diversas normas para los diferentes grupos. Así, la Ley 30/1965, de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, coexiste con la Ley 112/1966, de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada. Junto a ellas, las reformas del régimen jurídico de los funcionarios, plasmadas fundamentalmente en la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, y la Ley 50/1984, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1985, hicieron necesaria la reunión de las disposiciones dispersas, lo que dio lugar al Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, norma vigente al no haberse producido la nueva refundición que preveía la Ley 50/ 2002, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social y que está demorándose por las modificaciones operadas en el Estatuto Jurídico de los Funcionarios, operado por la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público y por la propia La ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, entre otras.

En definitiva, el sistema de previsión social de los militares surgió como consecuencia de la profesionalización de la milicia, comenzó cubriendo a la oficialidad y se extendió al resto de los uniformados, unificándose el sistema con el de resto de los funcionarios públicos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Se articula como un sistema autónomo, diferenciado del de Seguridad Social, amparado y administrado por el propio Estado. Contempla a los efectos que aquí nos ocupan los retiros por causas ordinarias y por extraordinarias.

El pase a retiro

El cese de la relación de servicios profesionales de los militares se recoge en el Capítulo VIII del Título V de la Ley de la Carrera Militar, pudiendo producirse por pase a retiro, pérdida o renuncia de la condición de militar de carrera, o finalización o resolución de los compromisos en el caso de los militares con compromiso temporal.

La renuncia a la condición militar, recogida en el artículo 116 de la Ley, es un acto voluntario del profesional de carrera, para el que no tiene que dar explicaciones. En tal caso, se exige el cumplimiento de unos tiempos de servicios efectivos después del ingreso en la escala correspondiente o de la realización de cursos de perfeccionamiento.

La razón es lógica: el Estado tiene que resarcirse del gasto que supone la formación de un militar, que suele ser muy importante, amén naturalmente de las necesidades de planeamiento de la defensa. El caso más típico es el de los pilotos, cuyos costes de formación son importantísimos. De permitirse su libre renuncia, el Estado se perjudicaría económicamente, con el correlativo enriquecimiento injusto del interesado, que se habría beneficiado de una formación.

Si ponemos en relación la renuncia de la condición militar con la de funcionario que establece el Estatuto Básico del Empleado Público, podremos ver como en el caso de los trabajadores civiles al servicio de las distintas administraciones no se fija periodo mínimo de servicios ni indemnización por formación, pero sí se establece un requisito adicional, cual es que el peticionario no tenga pendiente expediente disciplinario alguno.

La pérdida de la condición militar se debe a causas tasadas, cuales son además de la renuncia, las de pérdida de la nacionalidad española y la de pena principal o accesoria de pérdida de empleo, de inhabilitación absoluta o de inhabilitación especial para empleo o cargo público, así como la concurrencia de sanción disciplinaria de separación del servicio. Son casos idénticos a los establecidos para los funcionarios en su Estatuto Básico, salvo en el caso de la pérdida de nacionalidad, que para los civiles es la pérdida de la nacionalidad española o la de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o la de aquellos Estados a los que, en virtud de tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, les sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, que haya sido tenida en cuenta para el nombramiento. Y es que efectivamente, para ser militar de carrera es preciso tener la nacionalidad española, pero para ser empleado público no.

El caso de los militares con compromiso temporal es aún más restrictivo, ya que para ellos está vedado el pase a retiro y cuando cesan en la relación de servicios pierden sin más la condición militar, sin perjuicio naturalmente del derecho que en algunos casos tienen a percibir pensión. La Ley de la Carrera Militar distingue entre los militares con compromiso de larga duración y los que tienen menos de tres años de servicios. Para estos últimos, las causas del ceses son: a petición del interesado por circunstancias extraordinarias, por la adquisición de la condición de militar de carrera o de militar de complemento, por el ingreso en un centro de formación de la Guardia Civil o de la Policía Nacional, por el ingreso en cuerpos y escalas de funcionarios o adquisición de la condición de personal laboral fijo de las Administraciones Públicas y organismos públicos

dependientes de ellas, por pérdida de la nacionalidad española, insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas, o por la imposición de sanción disciplinaria extraordinaria, condena por delito doloso, o por incumplimiento de las condiciones para optar a la convocatoria para el ingreso.

De todas ellas hemos de destacar la resolución del contrato por condena por delito doloso, que viene siendo muy criticada, porque en la práctica está suponiendo un plus de penalidad para quienes la sufren, amén de una grave discriminación. Imagínese un militar que es parado por las Fuerzas de Seguridad en un control rutinario de alcoholemia y da positivo, siendo la cantidad de alcohol ingerido constitutiva de delito. Pues bien. Si el militar tiene compromiso temporal, además de la sanción será expulsado de las Fuerzas Armadas. Si es militar de carrera o tiene compromiso de larga duración, no le pasará nada.

No parece de recibo que quién conduzca a velocidad excesiva, cause una lesión por imprudencia o sea sorprendido en un control de alcoholemia, se vea privado de su medio de vida por la única circunstancia de tener un contrato temporal, pues la medida parece discriminatoria e injusta. De *lege ferenda*, podría modificarse el texto del artículo, exigiendo para el cese de delito doloso una condena mínima. Así quedarían fuera este tipo de delitos menores.

El retiro forzoso por edad

Con todo, la causa más típica y habitual de cesar en la relación de servicios militares es, desde luego, el cumplimiento de la edad de retiro. El apartado a) del número 2 del artículo 114 de la Ley de la Carrera Militar, la fija en 65 años, en consonancia con el artículo 64.3 del Estatuto Básico del Empleado Público. Ahora bien, este último prevé que en los casos que lo permita el desarrollo reglamentario, los trabajadores públicos puedan prolongar su permanencia hasta los 70 años. No es el caso de los militares, que hasta el momento no tienen esa prerrogativa, salvo en el caso de los jefes de Estado Mayor de la Defensa, Tierra, Armada y Aire y del jefe del Cuarto Militar de la Casa de su Majestad el Rey, que según el artículo 13 de la Ley de la Carrera Militar, podrán retrasar su retiro seis años, dado que a su cese son nombrados miembros de la Asamblea de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo. El resto de los militares sin exclusión, pasan a retiro a los 65 años apuntados. Esta situación contrasta con la de anteriores épocas, en las que los oficiales generales no pasaban a retiro nunca, sino que permanecían en una situación denominada segunda reserva, en la que permanecían hasta su fallecimiento.

Respecto de las diferencias entre la jubilación de los trabajadores por cuenta propia o ajena, incluidos en los distintos regímenes de la Seguridad Social, la más importante es que mientras que para los militares y el resto de los empleados públicos la jubilación es forzosa, para los empleados sujetos a la legislación social esa jubilación por edad es voluntaria. Al llegar la edad de jubilación, los militares tienen necesariamente que causar baja, mientras que los afiliados a la Seguridad Social pueden seguir trabajando y por ende, perfeccionando sus derechos pasivos.

Por otra parte, los militares no tienen reconocido el derecho a la jubilación parcial que se contempla para otros funcionarios en el Estatuto Básico de la Función Pública, que en su artículo 62.4 contempla esa posibilidad a solicitud del interesado, siempre que reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. El derecho está pendiente de desarrollo, aunque es cierto que la primera jubilación parcial de un trabajador público ha sido reconocida judicialmente el pasado mes de mayo. En todo caso y a los efectos que nos ocupan, decir que este tipo de jubilación no es aplicable a los militares, que sin embargo, disponen de una situación administrativa que podría asimilarse a ésta, cual es la de la reserva. Como se sabe, es la reserva una situación o período intermedio que podríamos llamar de prejubilación, en el que el beneficiario no realiza ninguna actividad, pero percibe unas retribuciones que nada tienen que ver con las de retiro y además sigue perfeccionando trienios y derechos pasivos.

Tras numerosas modificaciones, finalmente la Ley de la Carrera Militar fija la edad general de pase a la reserva en 61 años para los oficiales y suboficiales y 58 para la tropa y marinería. Además, los oficiales generales y los empleos superiores de cada escala, tienen señalado el pase en función de los tiempos de permanencia en ellos. Asimismo, si cuando el militar tiene que pasar a la reserva no tiene completados 20 años de servicios efectivos al Estado, pasa directamente a retiro, lo cual evidentemente sólo genera derecho a pensión si se cumplen los requisitos establecidos en la Legislación de Clases Pasivas.

En cualquier caso, cada vez se está demorando más el momento del pase a esta situación intermedia, y ello se debe a los diversos factores concurrentes (avances sanitarios y desarrollo cultura sanitaria, alimentación, actividad física, etc.), permiten prolongar más la actividad laboral de las personas, precisamente por una mejora notoria el estado físico de los mayores. Por eso, y si se tiene en cuenta además que el envejecimiento de la población y la expectativa de vida en la sociedad española, está

haciendo crecer el número de pensionistas, podría plantearse la supresión de esta situación, o su transformación en un tipo de jubilación parcial que podría servir a los intereses de la defensa, ya que quienes se encuentran en esta situación podrían cubrir con total efectividad determinados puestos de trabajo. Es decir, dar carácter general a lo que hoy en día es algo residual: los destinos de reserva, en combinación con una reducción de la jornada de trabajo en base a la figura de la jubilación parcial.

El retiro por insuficiencia de condiciones psicofísicas

La forma más controvertida de pase a retiro es sin duda alguna la insuficiencia de condiciones psicofísicas, por deberse a razones de salud y por tanto ajenas a la voluntad del interesado.

Como en el caso de todos los trabajadores, cuando un militar se incapacita para el servicio puede deberse a causas propias del servicio o ajenas a él. La diferencia, como en el resto de los empleados, es notoria, por cuanto que de producirse en una u otra forma van a derivar derechos de contenido económico importantísimos. Tanto como que la pensión a percibir puede incrementarse el doble. Por esta razón es tan importante que la declaración de inutilidad se haga en uno u otro sentido.

Lo primero que llama la atención en la normativa reguladora es la trasnochada denominación. La palabra que se utiliza –inutilidad– es más propia del siglo XIX que del siglo XXI. Y desde luego no se comprende que no se haya desechado. La Ley de la Carrera Militar, en su artículo 114.2 d) suaviza el término colocando por delante la palabra »incapacidad«, desde luego más adecuada a los nuevos tiempos.

La invalidez de los militares ya se recogía como causa generadora de derecho a pensión en el primer Estatuto de Clases Pasivas del año 1924, donde ya se distinguía entre el pase a retiro en acto de servicio o ajeno a él. Por tanto, ésta ha sido una constante que sigue vigente aún en nuestros días, y que es igualmente causa de diferenciación en el sistema público de Seguridad Social, aunque en este último se utilice una terminología distinta, pues en él se habla de incapacidades por contingencias comunes o por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En la actualidad, el Texto Refundido de Clases Pasivas recoge ambas modalidades, aunque es la Ley de la Carrera Militar en su tan nombrado artículo 114, la que dispone que la incapacidad psicofísica constitutiva de inutilidad permanente para el servicio es causa del cese en la relación de servicios profesionales y por ende de retiro.

La determinación de la aptitud psicofísica de los miembros de las Fuerzas Armadas se realiza según lo que determina el Reglamento aprobado por Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, dictado en desarrollo de la Ley 17/199, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, antecedente de la actual Ley de la Carrera Militar. En él se fijan las formas de evaluar las condiciones psicofísicas de los militares, que deben someterse periódicamente a reconocimientos médicos y pruebas físicas y psicológicas, para evaluar su estado de salud. Con independencia de ello, los reconocimientos médicos y pruebas psicológicas pueden realizarse en cualquier momento, a petición del propio interesado o de sus jefes, cuando la posible insuficiencia sea evidente y notoria.

Las evaluaciones se ajustan a un baremo o cuadro de condiciones psicofísicas, en el que se establecen las aptitudes mínimas que debe tener cualquier militar para prestar servicio, la falta de las cuales determina la insuficiencia de condiciones y por ende el pase a retiro por inutilidad.

El cuadro en cuestión es más exigente que para el resto de los trabajadores públicos por obvias razones: el servicio en los Ejércitos requiere un plus de aptitud psicofísica, que deriva precisamente de las condiciones en que los militares tienen que desarrollar su trabajo. La valoración de la aptitud se lleva a cabo por coeficientes del uno al cinco, siendo el uno el que corresponde a personas con aptitud física elevada y por tanto apta para el desempeño de cualquier destino, y el cinco el correspondiente a quienes padecen enfermedades, lesiones o defectos incompatibles con actividades exclusivas de las Fuerzas Armadas. El coeficiente cuatro da lugar a aptitud para desempeñar determinados destinos, mientras que el cinco es el correspondiente a la inutilidad para el servicio.

La declaración de inutilidad se lleva a cabo por resolución del ministro, competencia que en la actualidad está delegada en la subsecretaría de Defensa, y se lleva a cabo tras la instrucción de un expediente administrativo contradictorio en el que se investigan tanto los problemas físicos o psicológicos que padece el interesado, como su causación. El órgano pericial para determinar la aptitud psicofísica es la Junta Médico Pericial Ordinaria correspondiente al lugar donde se ubica la unidad de destino del afectado, al que puede acudir con todos los informes, valoraciones, medios diagnósticos y pruebas que estime pertinentes. De igual modo y para acreditar la relación causa-efecto entre la patología y el servicio, puede aportar los medios de prueba que considere necesarios.

Tanto el órgano médico pericial, como el jefe de la unidad del interesado emiten informes que no tienen la consideración de vinculantes.

La fase instructora tiene una especialidad importantísima que caracteriza el expediente, cual es que el instructor no elabora la propuesta de resolución, sino que lo hace la Asesoría Jurídica General de cada Ejército. El instructor, al que no se exige formación jurídica para ejercer el cargo, dicta al término de sus actuaciones un escrito de conclusiones, que en puridad no tiene carácter de propuesta, ya que ésta se hace en un momento posterior del procedimiento y por la Asesoría ya citada, que está formada por oficiales del Cuerpo Jurídico Militar. Es ésta una crítica que debe hacerse al procedimiento, por cuanto que quién emite la propuesta de resolución no ha tenido el contacto directo con el asunto, la inmediación, y por tanto su decisión puede quedar un tanto desvirtuada, pese a que en la práctica la mayor parte de las propuestas coinciden con las conclusiones del instructor.

Una vez más, las diferencias en el caso de los militares de carrera y los de tropa y marinería son sustanciales, ya que mientras que en los primeros la inutilidad permanente conlleva automáticamente el pase a retiro, en los segundos, según el grado de minusvalía que se reconozca, la inutilidad puede conllevar la resolución del compromiso con abono de indemnización, o el pase a retiro con percepción de pensión.

La relación de la patología con el servicio no sólo da lugar al incremento de la pensión, sino que además y en función del artículo 121.4 de la Ley de la Carrera Militar, quienes cesen en su relación profesional por insuficiencia de condiciones contraída en acto de servicio podrá mantener una especial vinculación con las Fuerzas Armadas mediante su adscripción a la unidad que elija. Amén naturalmente de que por la especial idiosincrasia de los miembros de los Ejércitos, entre ellos se sigue considerando un honor la baja por acto de servicio.

Respecto a la cuantía de las pensiones, el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas diferencia entre las ordinarias o causadas por enfermedad común o accidente ajeno al servicio activo, y las extraordinarias que derivan de un hecho del servicio. Dentro de éstas se distinguen las que derivan de inutilidad causada por acto terrorista. Como base, el importe de las ordinarias equivale al 100% de la base reguladora que corresponda al grupo de clasificación en que esté incluido el interesado, las extraordinarias el 200% y las derivadas de acto terrorista igualmente el 200%, pero sin que le sea de aplicación del límite de pensión máxima que cada año establece la Ley de Presupuestos.

Este régimen se ha modificado por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales para el año 2009, que se ha desarrollado por el reciente Real Decreto 710/2009, de 17 de abril, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, en materia de pensiones de clases pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales. Según éste, en las pensiones ordinarias de retiro por incapacidad permanente o inutilidad, causadas a partir de 1 de enero de 2009, cuando se acrediten menos de veinte años de servicios efectivos al Estado en la fecha de la jubilación o el retiro y siempre que la incapacidad o inutilidad del funcionario no le inhabilitase para toda profesión u oficio, la cuantía de la pensión, experimentará una reducción de un cinco por ciento por cada año completo que falte a su titular para alcanzar los 20 años de servicios al Estado, con una reducción máxima del 25% para quienes acrediten 15 años o menos de servicios. Es decir, la reducción puede llegar como máximo al 25%.

En todo caso, si el afectado sufriera un agravamiento que le incapacitara para toda profesión u oficio, la pensión se incrementaría en el porcentaje previamente reducido.

La tramitación de esta modificación del Texto Refundido, que además contempla una reducción adicional del 25%, si el pensionista trabaja por cuenta propia o ajena en el sector privado y en cualquier actividad que dé lugar a su inclusión en cualquier régimen público de Seguridad Social, tuvo mucha contestación en el colectivo de pensionistas de clases pasivas, que finalmente consiguió que no se aplicara a quienes tuvieran concedidas sus pensiones antes del 1 de enero de 2009.

El retiro por insuficiencia de facultades profesionales

Finalmente, el artículo 114 de la Ley de la Carrera Militar contempla el pase a retiro por insuficiencia de facultades profesionales. Y es el artículo 119 del mismo texto el que determina los dos casos en que debe instruirse el correspondiente expediente: cuando se produzca la declaración definitiva de no aptitud para el ascenso o como consecuencia de informes personales de calificación negativos.

Los efectos pueden ser la limitación para ocupar determinados destinos, el pase a retiro o la resolución del compromiso en los militares de complemento. Es decir, no cabe el archivo del expediente sin más trámite, sino que como mínimo el afectado tendrá una limitación para ocupar ciertos destinos.

Las previsiones de la Ley de la Carrera Militar se han desarrollado por Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, por el que se aprueba el *Reglamento de evaluaciones y*

ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería, que en su artículo 12 establece que el expediente se iniciará en un plazo máximo de tres meses desde la declaración definitiva de no aptitud o cuando del estudio de la colección de informes personales se deduzca que el interesado presenta de forma continua deficiencias notables en alguna o todas de sus cualidades, méritos, aptitudes, competencias o forma de actuación profesional.

Conclusiones

Como no podía ser menos, el retiro establecido para los militares en la Ley de la Carrera Militar es muy similar al que se concreta para el resto de los empleados públicos en su Estatuto Básico, salvo aquellas peculiaridades que se derivan de la propia condición militar. El legislador ha procurado equiparar al máximo los dos colectivos, que de gozan un mismo régimen de protección social.

La cesación en la relación de servicio es distinta para los militares de carrera que para los militares con compromiso temporal.

La protección en el caso de los militares con compromiso temporal es menor, siendo ínfima en algunos casos residuales por lo que sería conveniente en un futuro abordar su modificación, sobre todo para concretar la protección social de los últimos en caso de incapacidad sobrevenida.

Bibliografía

ALMANSA PASTOR: *Derecho de la Seguridad Social*, editorial Tecnos, 1987.

GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ y otros: *Manual médico-legal de la incapacidad permanente de los funcionarios civiles y militares*, Comares.

LÓPEZ LORENZO: *La protección social de los funcionarios públicos*, Universidad de Granada, 2007.

RODRÍGUEZ CARDO: «El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: Una visión panorámica del mutualismo militar», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 74.

ROQUETA BUJ: *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, 2000.

SAÍZ SERRANO: *Guerra y nobleza en la Corona de Aragón. la caballería en los ejércitos del rey (siglos XIV-X)*, Universitat de Valencia, 2003.

JULIÁN SÁNCHEZ ESTEBAN

Abogado

RÉGIMEN DE DERECHOS DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DERECHOS DE CONTENIDO ECONÓMICO

Aproximación al objeto de estudio.

Perfiles en el desempeño de la función militar

Cualquier examen del régimen de derechos de un colectivo y de ellos, los que tienen un contenido de carácter económico, requiere establecer los perfiles fundamentales del desempeño de la función que se trate.

En el caso concreto del militar profesional, los contornos del desempeño a los que aludimos pueden ser definidos desde dos puntos de vista.

En primer lugar, el amplio espectro de funciones que puede y debe, en su caso, desarrollar un profesional de las Fuerzas Armadas. Basta acudir al artículo 19 de la Ley de la Carrera Militar para descubrir sin dificultad que el militar profesional ejerce funciones operativas, técnicas, logísticas, administrativas y docentes, las cuales se desarrollan por medio de acciones directivas que incluyen las de mando y acciones de gestión y ejecutivas.

Si atendemos a la responsabilidad que implica el ejercicio de estas funciones como uno de los elementos que a su vez parametrizan los derechos profesionales de un trabajador, especialmente los de contenido económico, nadie dudaría que, en puridad, el perfil retributivo de un militar profesional habría de situarse en un nivel medio-alto. Cota que, como veremos y es sobradamente conocido, no se alcanza.

En segundo lugar, la especial vinculación de las funciones descritas a la Defensa Nacional y por tanto, en reducción, al mantenimiento del orden constitucional, implica que al militar profesional se le deba ubicar en el colectivo de servidores públicos a los que es exigible una defensa activa del orden constitucional.

Esto es, todo servidor público acata voluntariamente la Constitución y el orden que de dicho Texto Fundamental dimana, pero la vinculación del militar profesional a este orden, va más allá que la exigida a cualquier otro servidor. Y ello resulta apreciable tomando dos puntos de referencia.

Por un lado, la severa respuesta penal y disciplinaria para las conductas del personal militar que resulten no ya contrarias, sino simplemente desleales con el ordenamiento constitucional.

Por otro lado, el desempeño de sus funciones con tal intensidad que incluso se le puede hacer contemplar de manera cierta, como una contingencia propia de su profesión, la pérdida de su propia vida¹.

Proyectadas estas consideraciones sobre el régimen retributivo del personal militar, nadie podría dudar de su influencia aún cuando el resultado concreto de ese ascendiente no es quizás el que un tercero no familiarizado con las Fuerzas Armadas podría pensar. Para este tercero, habida cuenta de las especiales circunstancias y marco jurídico en el que el militar presta sus funciones, entendería que el régimen retributivo de éste debe ser

¹ Artículo 3 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: Primer deber del militar. La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye el primer y más fundamental deber del militar, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y en estas Reales Ordenanzas.

² PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Modelos de función pública y función pública militar», en la obra *La función militar en el actual ordenamiento constitucional español*, p. 59, editorial Trotta, Fundación Centro de Estudios Políticos y Constitucionales «Lucas Mallada» y Academia General Militar, Madrid, 1995.

³ Sin perdernos en la Historia y tomando como momento cronológico el final de la guerra civil de 1936, al finalizar esta, la situación social y económica del país exigió un esfuerzo generalizado que, en el caso del Ejército se plasmó en una condiciones profesionales muy deficientes sobre todo desde el punto de vista económico. Aún cuando esas malas condiciones afectaban por igual al personal civil de la Administración, este colectivo irá poco a poco mejorando en sus condiciones con mayor dinamismo que el Ejército, hasta tal punto que con la llegada de la democracia entre los objetivos reformadores de la organización militar fue el encontrar un mayor equilibrio entre servidores públicos civiles y militares, tanto respecto a los derechos económicos como asistenciales. Precisamente, fue este un reconocido acierto de las autoridades de aquella época que, a buen seguro, ayudó a un incremento de la profesionalidad del personal y un encaje, sin agravios económicos comparativos insalvables, con el resto de servidores públicos al servicio de la Administración del Estado.

bastante más crecido que el de otros profesionales con los que difícilmente se encuentra equivalente. Como señala Parada:

«Si a los militares se les pagara en función del trabajo que hacen y del riesgo que supone ocupar determinados puestos y la gravísima responsabilidad jurídica y moral que asume el mando militar, sus sueldos deberían ser múltiplos de los correspondientes a los funcionarios civiles»².

Pero ello no es así tal y como decíamos líneas atrás, la historia de los derechos retributivos de los militares ha sido, salvo excepciones y dicho en apretada síntesis, un relato trufado de sueldos más bien magros, retribuciones muy cortas que, sin llegar a la penuria, han marcado materialmente (por su ausencia) la necesaria vocación de servicio y de sacrificio del militar³.

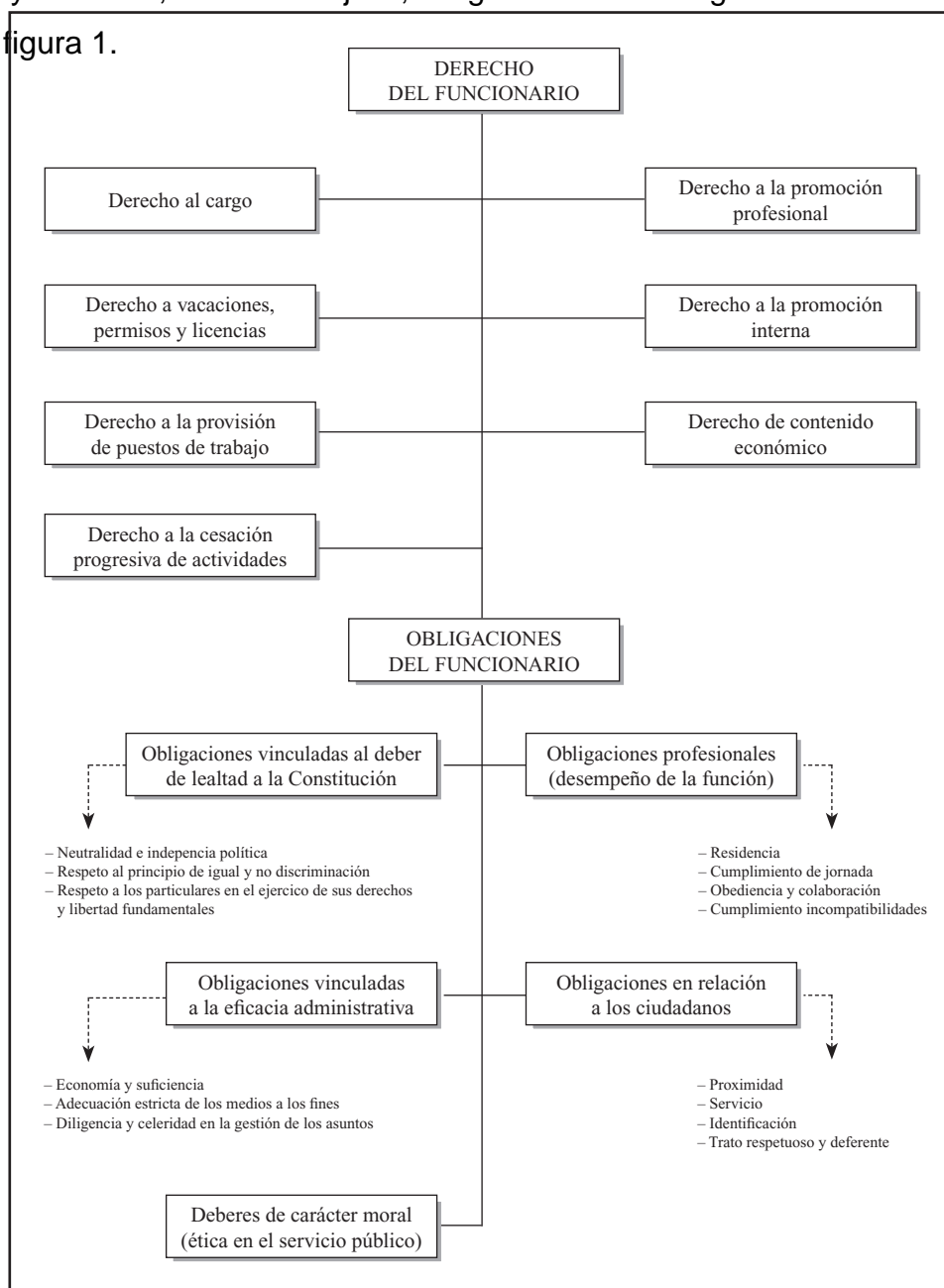
Estos planteamientos de contexto reciben su reconocimiento institucional a la vista de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el *Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas* cuyo comienzo, sirve de conclusión para aproximarnos al que será nuestro objeto de estudio:

«Los miembros de las Fuerzas Armadas están sujetos a un régimen de personal que implica unas especiales circunstancias y servidumbres en su desempeño profesional, al desarrollar sus funciones en el ámbito de la seguridad y defensa. Su cometido, que en ocasiones se desarrolla bajo condiciones de penosidad física y riesgo personal, requiere de una disponibilidad para el servicio y de una movilidad que imponen restricciones a su vida personal y a la de sus familias. Por ello, contar con unas Fuerzas Armadas profesionales y justamente retribuidas es uno de los objetivos del Gobierno.»

El contenido de la relación de presentación de servicios en el personal militar

Si contrastamos el marco de derechos y obligaciones del personal desde un punto de manera general, esencialmente a la vista de la Ley 39/2007 de la Carrera Militar y el aún vigente Título XII de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, puede admitirse que, salvo particularidades propias derivadas de las especiales circunstancias y servidumbre de su desempeño profesional (tomando las antedichas palabras del vigente *Reglamento de retribuciones de las Fuerzas Armadas*), el

marco de derechos y obligaciones del militar se ajusta sin fuerza al que podría establecerse para cualquier servidor público, desapareciendo cualquier diferencia jurídica apreciable⁴. Precisamente la vigencia de este Título de la Ley 17/1999 junto a algún otro precepto (como el artículo 160 regulador del derecho de petición del militar) manifiesta el cambio de criterio que muestra la Ley de 39/2007 de la Carrera Militar de contemplar en una única norma, de manera integral, todo el régimen de personal tal y como en su día marcó la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, figura 1.



En

cualquier

Figura 1.– *Contenido de la relación funcional.*

⁴ Por ejemplo, manteniéndonos en el cuadro de derechos económicos, han desaparecido los privilegios o garantías adicionales que las Reales Ordenanzas de 1978 establecían para los haberes militares, de tal manera que, definiendo su carácter personal, sólo podían ser retenidos o embargados en virtud de procedimiento judicial.

caso, el régimen de derechos obligaciones, integrado en un único texto o disperso como sucede en la situación normativa vigente, se acomoda al esquema general sobre la materia.

Ajuste a un contenido de la relación funcional ordinaria que nos evidencia la proximidad entre la figura del servidor público civil y el militar, no en el específico desempeño de sus funciones pero sí en el bloque de derechos y obligaciones aún cuando después, tamizado dicho bloque a través de la tantas veces indicada especificidad de la función militar, el resultado tenga un barniz que parezca que el régimen de derechos y obligaciones del militar son completamente distintos cuando en realidad no lo es tanto.

Es evidente que hay tres factores determinantes de que ese barniz sea tan especial:

1. Las limitaciones que para determinados derechos se desconocen en el desempeño de la función pública civil y que marcan el ejercicio de los mismos en el ámbito castrense.
2. La especial intensidad con la que son exigidas las correspondientes obligaciones en las Fuerzas Armadas. Pensemos en la ya citada obligación de deber de lealtad a la Constitución o, en términos de conducta, el contraste entre el régimen general que se establece en los artículos 53 y 54 del Estatuto Básico del Empleado Público y las reglas del comportamiento del militar previstas en el artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar, desarrolladas en el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.
3. Vinculada a la anterior, la severa entonación en la exigencia de responsabilidad disciplinaria y la existencia de un régimen penal propio.

Pese a estas importantes modulaciones que en ningún caso cabe preterir, se sigue manteniendo la idea de la que se partía sobre el encaje en el cuadro general de derechos y obligaciones.

De igual manera, centrándonos en los derechos de contenido económico, el cuadro general que también podría elaborarse sobre éstos, es de plena aplicación en el ámbito de las Fuerzas Armadas, confirmando la absoluta racionalización retributiva de este colectivo y la integración cuantitativa y cualitativa del régimen retributivo castrense al sistema retributivo en la Administración Civil del Estado.

Cuestión que, indicarla en estos momentos, pudiera ser considerada baladí o completamente superada no ya por la normativa vigente sino por la Ley 17/1989, de 19 de

julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional; pero entendemos que no está de más hacerlo, ni reiterar el enfoque de convergencia o identidad retributiva de todo el personal al servicio de la Administración del Estado, bien en el desempeño de una función civil o militar, habida cuenta, por un lado de la amplia y no demasiado lejana tradición de diferencias y acantonamiento de sistemas retributivos. Y, por otro, de la redacción del Estatuto Básico del Empleado Público (artículos 21 y siguientes) con la que nadie puede afirmar que esa convergencia retributiva, con las especificaciones necesarias, que tan buenos y conocidos efectos ha tenido hasta ahora para el ámbito militar, se mantenga en el tiempo. Es más el meridiano artículo 220 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas cuya redacción indicaba:

«El militar de carrera tendrá derecho a una retribución justa, equitativa y acorde con la preparación, la responsabilidad y la entrega absoluta que su quehacer profesional exige. Será fijada en analogía con los criterios que rigen en la Administración Civil del Estado, y teniendo en cuenta las peculiaridades de la carrera militar.»

Se encuentra derogado por la Ley de la Carrera Militar que, como se sabe, no contempla el régimen de derechos al haber mantenido vigentes los correspondientes preceptos de la Ley 17/1999 sobre Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas que si bien es cierto contempla un precepto similar al transcrito, el artículo 152, no parece ser desde el punto de vista de técnica legislativa la mejor opción, ni tampoco desde la perspectiva de introducir elementos de estabilidad normativa en la norma nuclear de la carrera militar ayuna de la regulación, si quiera básica o de principios⁵, de un aspecto tan importante de la carrera militar como es el régimen retributivo.

Pues bien, el cuadro general de un sistema retributivo en el ámbito público podría ser el expuesto en la figura 2.

⁵ Salvando las referencias de la Disposición Transitoria Novena al Régimen Retributivo en la Situación de Reserva.

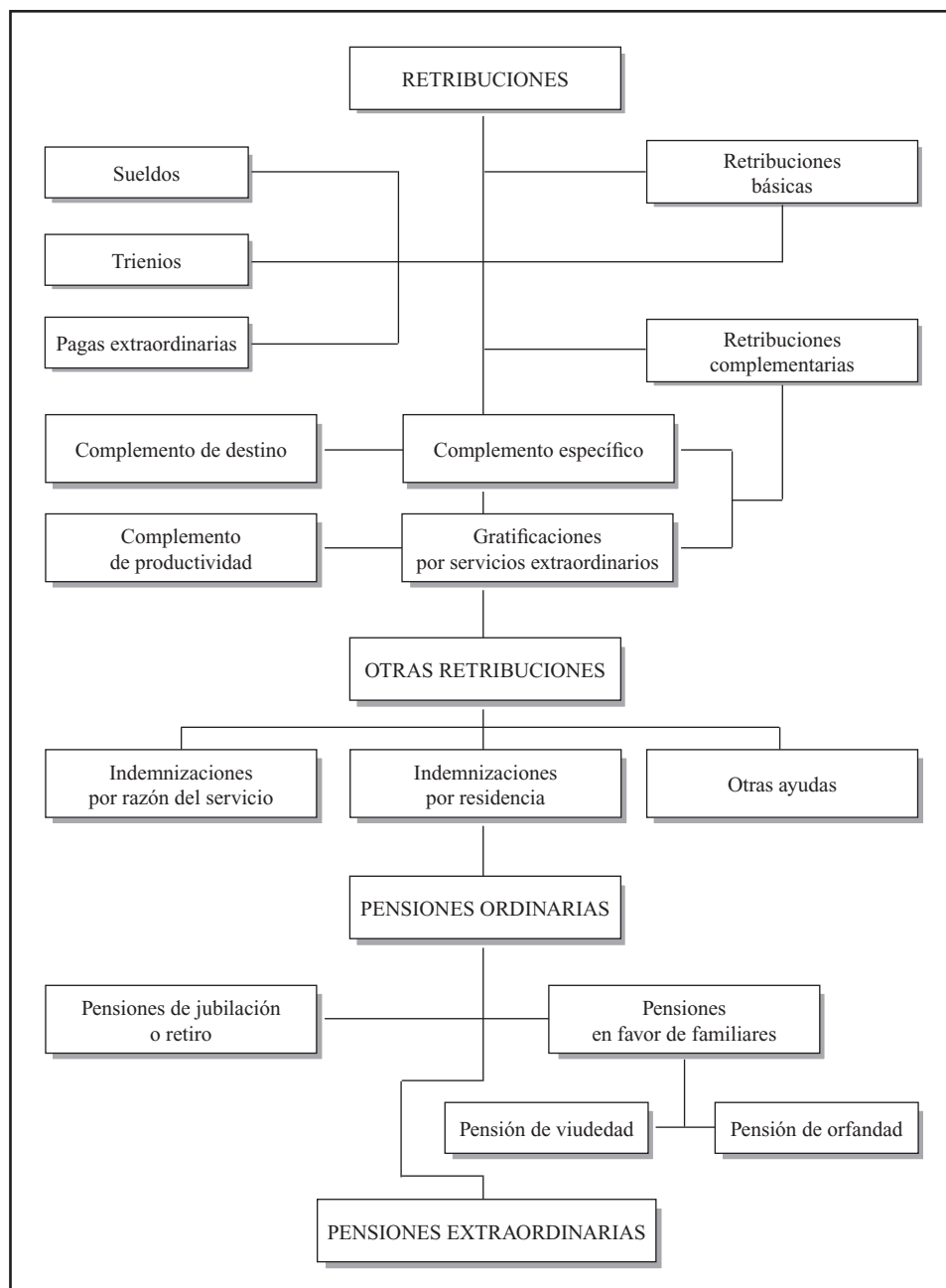


Figura 2.– *Derechos de contenidos económicos.*

A la vista de esta figura, en efecto, y si atendemos a lo previsto en el Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el *Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas*, el régimen esencial de conceptos retributivos (retribuciones básicas, complementarias y otras retribuciones e indemnizaciones) salvo cambios puramente semánticos justificados por la mejor adecuación a la función y organización militar⁶, es el mismo y responde a las mismas finalidades generales que en el sistema retributivo del servicio público civil, lo cual verifica el mandato del aún vigente y ya citado líneas atrás artículo 152 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

Análisis del sistema retributivo de las Fuerzas Armadas.

Puntos de especial interés

De manera general y con carácter previo, debe indicarse que el Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre por el que se aprueba el *Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas*, modificado recientemente por el Real Decreto 28/2009, de 16 de enero, tiene como presupuesto básico para su aplicación la clasificación de los puestos de trabajo de acuerdo a los empleos y categorías establecidas en los artículos 20 y 21 de la Ley de la Carrera Militar, produciéndose aquí un primer punto de reflexión al haberse determinado que los empleos de alférez y alférez de fragata, pese a ubicarse en la categoría de oficiales, a efectos retributivos el citado *Reglamento de retribuciones* los considera en la categoría de los empleos de suboficial⁷.

Retribuciones básicas

El análisis del sistema retributivo básico del militar asentado sobre el principio de clasificación de grupos-subgrupos a que se refiere el artículo 152.2 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, el cual toma como referencia la ordenación de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, supone una garantía de estabilidad y adecuación retributiva para el personal militar, siempre y cuando se tengan presentes las peculiaridades de la función de éstos, y sin

⁶ El complemento de empleo militar se identifica con el complemento de destino en la función pública civil. Por su parte, el complemento de dedicación especial, se corresponde con el tradicional complemento de productividad.

⁷ Artículo 152.2 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, según la redacción dada por la disposición final tercera de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, en concordancia con el artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público

⁸ SALVADOR CENTELLES, V.: *La reforma del sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas. Presupuesto y Gasto Público 41/2005*, pp. 333-348

perjuicio de las cautelas expresadas líneas atrás. En este sentido, salvando el punto sobre la ubicación a efectos retributivos del empleo de alférez/alférez de fragata en la categoría de los suboficiales, coincidimos con Salvador Centelles⁸ al afirmar que la identidad entre retribuciones básicas de militares y de funcionarios civiles ha sido en general positiva para las Fuerzas Armadas, al menos en dos sentidos.

Por una parte, aportando un esquema claro de referencia aplicable. Por otra, haber permitido aplicar directamente a los militares aquellas mejoras que el proceso de negociación colectiva ha conseguido para los funcionarios civiles. Afirmación que, pese a su bondad, debe tomarse también con cierta cautela si tenemos en cuenta que no sería la primera vez que acuerdos Administración-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la función pública, han excluido de su ámbito de aplicación a la función militar⁹. Exclusión que no se justificó adecuadamente en su día y tampoco se podría motivar razonablemente en un momento como el actual por cuanto las razones que pudieran justificar el hipotético Acuerdo, asumidas por la Administración, sin duda podrían predicarse con identidad para el ámbito del personal militar.

Desde otra perspectiva, el sistema de ordenación retributiva señalado, confirma a su vez el principio de proporcionalidad que ha de regir cualquier sistema retributivo y que, por supuesto, ha inspirado siempre al de los empleados públicos en el sentido que los sueldos del grupo superior no puede exceder en más de tres veces el sueldo de aquellos empleados agrupados en el grupo inferior. Principio que en la actualidad recibe no pocas modulaciones sobre todo provenientes, como se podrá comprobar, de las retribuciones complementarias.

Retribuciones complementarias

Es en este concepto retributivo donde se puede apreciar la adecuación y ajuste de las retribuciones a cada puesto de trabajo o empleo concreto, resultando conceptos económicos más importantes que las propias retribuciones básicas, hasta el punto de llegar a suspender el aludido principio de proporcionalidad, posibilitando el crecimiento y diferenciación de las retribuciones de los empleos de mayor rango. Cuestión que por otro lado no debería producir ningún problema si se comprende que el incremento del sueldo a través de las retribuciones complementarias es proporcional a la mayor responsabilidad

⁹ Puede verse a título meramente ejemplificativo el Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 1995-1997.

que se vincula a los superiores de acuerdo a los principios de competencia y jerarquía que en el ámbito de las Fuerzas Armadas resultan fundamentales para el buen funcionamiento de la organización castrense.

Por lo tanto, las retribuciones complementarias tienen un carácter menos general y más definido, incluso a nivel de profesional individualmente considerado, modulando notablemente el principio de igualdad de retribuciones en función del empleo. Percepción de retribuciones complementaria que en sí no suponen una valoración específica de cada empleo pero en un ámbito como el militar en el que se traslada de forma extraordinariamente rigurosa el principio de jerarquía y competencia (en el sentido de habilitación para el desempeño de la función) como elementos definidores de la situación relativa entre militares, la concreta imputación de las retribuciones complementarias puede producir, como es, en puridad, su finalidad, una adecuación y ajuste de las retribuciones a cada puesto de trabajo o empleo concreto, pero también disfuncionalidades que deben ser desterradas de la organización militar. Como confirmación de lo expuesto, baste echar un vistazo a los litigios residenciados en sede judicial.

En la línea con los argumentos expuestos debe hacerse una especial mención a las gratificaciones por servicios extraordinarios, cuyo empleo y aplicación debe estar asentada sobre parámetros de prudencia y absoluta equidad habida cuenta de su carácter marcadamente discrecional y de la especial dificultad de concreción en el ámbito castrense ya que, en la función pública civil es relativamente sencillo identificar “servicios realizados fuera de la jornada normal”, no así en la función militar en la que servicios de instrucción nocturna, guardias de seguridad, de cuartel etc. forman parte de la prestación ordinaria del servicio y el principio castrense de disponibilidad permanente para el servicio¹⁰. Servicios tradicionalmente correspondidos con una compensación en tiempo de descanso, quedando cubierto el exceso sobre la jornada normal por el resto de complementos retributivos.

El criterio jurisprudencial establecido al respecto, nos indica que es procedente el abono de esta retribución cuando los servicios prestados son consecuencia del desarrollo propio del destino ocupado y/o profesión militar fuera del carácter ordinario de los

¹⁰ Véase artículo 20 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

¹¹ Sobre esta cuestión puede consultarse la sentencia del Tribunal de Superior de Justicia Madrid de 21 de febrero de 2008 y de forma especialmente interesante, la

servicios establecidos en las Ordenanzas particulares de cada uno de los Ejércitos y la Armada¹¹.

Hechas estas reflexiones, muy limitadas por las exigencias formales de este trabajo, cabe apuntar para finalizar una consideración final respecto a las retribuciones complementarias y es que en ellas está un importante instrumentos de gestión del personal y de su carrera de notable impacto para el óptimo funcionamiento de la organización militar y el desarrollo de sus funciones de tal manera que, pese a la siempre utilizable opción de la asignación forzosa de destinos, aquellas vacantes de mayor penosidad en general vinculadas a la operatividad de las Fuerzas Armadas, sean, con diferencia, las mejor retribuidas. Lo contrario, seguramente es admisible en el marco del régimen y dedicación del personal militar pero no resulta adecuado en términos de una adecuada gestión de personal en la que los derechos económicos tienen una importancia fundamental, convirtiendo en debilidad lo que debería ser fortaleza.

FRANCISCO JAVIER FRAGOSO MARTÍNEZ
Profesor titular de la Universidad de Extremadura

entencia del Tribunal de Superior de Justicia de 30 de abril de 1994 (R. J. Aranzadi 1994, p. 4.222) cuya doctrina resulta muy elocuente.

SINGULARIDADES Y PERSPECTIVAS SOBRE EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR

Fundamento común en materia de responsabilidad disciplinaria

A lo largo de este *Documento* y expuesto por varios de los participantes del grupo de trabajo, se han evidenciado las no pocas particularidades que se anudan al desempeño de la función militar que, al igual que en otros ámbitos, justifican una normativa específica en materia de responsabilidad disciplinaria como responsabilidad propia de colectivos sujetos a un vínculo de sujeción especial (tradicionalmente funcionarios públicos, internos de instituciones penitenciarias y alumnos de centros docentes públicos).

Pero reconociendo esas particularidades o especialidades del desempeño profesional del militar que habrán de caracterizar de forma notabilísima su régimen de responsabilidad (hasta el punto por ejemplo de ser el único ámbito de la Administración en el que pueden imponerse sanciones administrativas privativas de libertad), en su estructura o pilares básicos, el Régimen Disciplinario Militar, mantiene una absoluta identidad con el Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles. Afirmación que hasta la publicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público no estaba sujeta a mayores objeciones pero que, tras la entrada en vigor de esta norma, el mantenimiento de afirmaciones como la expuesta, cuando menos, queda más expuesta a la objeción.

En cualquier caso, mantenemos de entrada esta identidad por cuanto del análisis de la norma disciplinaria militar, Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se desprenden los mismo caracteres tradicionales que indicara Nieto como propios del Derecho Disciplinario al señalarse:

«Infracciones propias del cargo que suponen un incumplimiento de los deberes oficiales, las cuales son sancionadas con penas específicas por órganos no judiciales y a través de un procedimiento peculiar»¹.

Precisamente estos deberes oficiales son los que, en gran medida, marcan la diferencia entre el desempeño de la función civil y la militar pues, aunque igualmente en su conjunto y de manera general pueden ser coincidentes con los del personal civil, en el caso del funcionario público-militar, puede llegar a alcanzar un nivel de exigencia o de rigor desconocido para aquéllos, siendo proporcional a la severidad del Régimen Disciplinario.

Por lo tanto, partiendo de un denominador común para todos los funcionarios públicos, su vínculo de sujeción especial con la Administración en la que prestan sus servicios, existe una base común en cuanto a las obligaciones y deberes fundamentales que, en definitiva, suponen el establecimiento de una serie de cargas de hacer, no hacer o de soportar. E igualmente, existe un tronco común para las consecuencias jurídicas que en términos disciplinarios se anudan a los incumplimientos de esos deberes.

Pero siendo este el punto de partida, la adecuación del régimen general a las especificidades propias de la función militar generan un significativo contraste de diferencias que, en ningún caso, deben hacer olvidar esa base o fundamento común.

Elementos conformadores (y diferenciadores) del Régimen Disciplinario en las Fuerzas Armadas

Tal y como hemos apuntado anteriormente, no puede desconocerse en términos de teoría general, la existencia de una base común en materia de responsabilidad disciplinaria, común a todo funcionario público. Pero, como también decíamos, la singularidad de la función militar cristaliza en un régimen disciplinario diferenciado, incluso, para algunos autores, propio y absolutamente singular.

No es posible en un trabajo de estas características examinar ni todos los elementos diferenciadores del régimen disciplinario militar, ni tampoco hacerlo de manera pormenorizada, pero sí podemos examinar, sucintamente, los dos que de manera más crecida dan realidad a la especificidad del Régimen Disciplinario Militar: el principio de jerarquía y la disciplina.

¹ NIETO GARCÍA, A.: «Problemas capitales del derecho disciplinario», *Revista de la Administración Pública*, p. 49, número 63, 1970.

La jerarquía como principio ordenador de la institución militar

En primer lugar, la especial vigencia del principio de jerarquía en el ámbito de las Fuerzas Armadas como antecedente previo y necesario para el ejercicio del mando.

Con carácter general, el principio de jerarquía supone la ordenación más sencilla de una organización compleja a través del ordenamiento vertical de los distintos órganos que lo integran, traduciéndose en la atribución de facultades de gestión dirección de los órganos superiores sobre los inferiores, trazando las paredes maestras de cualquier organización administrativa.

Pues bien, siendo ello cierto, las funciones de las Fuerzas Armadas (especialmente aquellas de carácter más operativo) exigen que esos postulados generales estén perfectamente definidos sin opción alguna su modulación o relativización, por lo tanto, las facultades y poderes que el ordenamiento proporciona a los superiores jerárquicos (habilitación competencial de carácter irrenunciable)² tiene un carácter mucho más marcado en el ámbito castrense y, como señalábamos antes, tiene también su proporcional reflejo en el Régimen Disciplinario³:

- Impulso y dirección de la actividad de los subordinados, expresado en el ámbito castrense a través de órdenes⁴.

² Véase Regla novena del artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y artículo 55 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. La noción de competencia, fundamental en la exigencia de responsabilidad, constituye el eje sobre el que va a pivotar cualquier tipo de organización compleja, pudiendo ser definida como el conjunto de funciones o materias que le son atribuidas a una Administración u órgano de ésta por el ordenamiento para su gestión. Es decir, la competencia supone la habilitación previa y necesaria para que el órgano pueda actuar válidamente de ahí su carácter irrenunciable sin perjuicio de las técnicas de alteración del ejercicio de la competencia.

³ Debemos matizar que el principio de jerarquía no es aplicable en toda su extensión sobre órganos que siendo subordinados o inferiores jerárquicamente, han sido creados con una cierta vocación de neutralidad en sus funciones consultivas, decisorias (mesas de contratación, comisiones de selección de personal etc.), o actividades técnicas muy especializadas. Se produce por tanto una atenuación del principio de jerarquía, el cual trae su causa en la necesaria independencia o especialidad de su actuación que obliga excluir el contenido de sus actuaciones de la influencia de algunos poderes vinculados al principio de jerarquía. Por ello puede hablarse de una jerarquía debilitada o, de un simple poder de dirección en el que el órgano superior velará por el correcto funcionamiento del órgano de acuerdo a la legalidad establecida en relación al desarrollo de sus actividades sin que pueda condicionar en ningún caso la dirección o el resultado de su proceder.

⁴ Con la limitación del absoluto respeto al principio de legalidad. Véase Regla novena del artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

- Facultades de inspección, vigilancia o control sobre la actividad de los subordinados, ejercitable de oficio, o a instancia o queja de parte interesada.
- Anulación de los actos de los subordinados.
- Delegar competencias o inversamente, avocarlas.
- Facultad disciplinaria sobre los subordinados.
- Resolución de conflictos de competencia entre los subordinados.

Facultades que se corresponden, desde el punto de vista del subordinado, con el deber de respeto, obediencia y acatamiento de las órdenes, deber establecido para todos los funcionarios públicos y, de nuevo, de forma especialmente marcada para el personal militar tal y como puede apreciarse a la vista de las reglas octava y décima recogidas en el artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, con el límite expresado en la regla undécima de la misma norma respecto a órdenes que entrañen la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

El concepto de disciplina militar como valor determinante de la institución militar

Resulta destacable la especialísima y reforzada noción que en el ámbito de las Fuerzas Armadas se tiene del concepto disciplina como pieza fundamental para el sostenimiento del ya conocido principio de jerarquía.

Disciplina que, estando presente en cualquier sujeción de naturaleza especial, adquiere en el ámbito castrense sustantividad propia al mostrarse como premisa fundamental para tres de sus manifestaciones esenciales, determinantes del buen rendimiento de los fines de la institución militar:

1. Exacto cumplimiento de los deberes y obligaciones inherentes a la función militar que se desempeña o se encomienda. Respecto a esta manifestación no puede pasar desapercibido la inclusión y crecida importancia de principios éticos y, especialmente, la vinculación que se hace al honor como garantía propia del canon de comportamiento (espíritu) que ha de tener el militar respecto a las obligaciones y deberes que le son propios⁵.

⁵ Véase Regla decimoquinta del artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y artículos 3, 4, 14 y 15, entre otros, del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, normas de las que merece la pena citar literalmente la contenida en el precitado artículo

2. Cumplimiento de las órdenes de mando militar, instrucciones y órdenes de autoridades⁶.
3. Respeto al orden jerárquico⁷. Hasta tal punto puede advertirse la importancia de la disciplina militar que puede ser considerada un valor que se reconoce en todos los niveles del sistema de fuentes del Derecho: constitucional⁸, orgánico, legal y reglamentario.

Abundando más en el valor del concepto de disciplina militar a partir de las consideraciones expuestas, pueden observarse nuevos elementos que, caracterizan las Fuerzas Armadas para el mejor y más óptimo desempeño de las funciones militares que le son propias, debiendo recibir el correspondiente respaldo en términos de responsabilidad disciplinaria. A saber:

- La disciplina militar constituye el principal factor de cohesión de las Fuerzas Armadas tal y como expresa la séptima regla del comportamiento del militar prevista en el artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar⁹.

14 por cuanto manifiesta bien a las claras el perfil del militar en el desempeño de sus función: «El militar cuyo propio honor y espíritu no le estimulen a obrar siempre bien, vale muy poco para el servicio; el llegar tarde a su obligación, aunque sea de minutos; el excusarse con males imaginarios o supuestos de las fatigas que le corresponden; el contentarse regularmente con hacer lo preciso de su deber, sin que su propia voluntad adelante cosa alguna, y el hablar pocas veces de la profesión militar, son pruebas de gran desidia e ineptitud para la carrera de las armas.»

⁶ Véase artículos 45 y 46 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas

⁷ Véase artículo 9 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

⁸ Constitucional a la vista de su expresa mención y, sobre todo, concreto empleo, en los artículos 28 y 29 del Texto Fundamental al hilo de las limitaciones al ejercicio de los derechos de sindicación, huelga y petición. Sin ánimo de exhaustividad y sin perjuicio de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, el resto de ubicaciones normativas pueden contemplarse a la luz de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar y Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

⁹ Precepto que viene a reproducir el artículo 11 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 1978 y en la actualidad se recoge en el artículo 8 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

¹⁰ Véase Regla novena del artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

¹¹ Véase Regla undécima del artículo 4.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.

¹² Como señala García Llanera en una afirmación un tanto épica pero asentada con conocimiento en la naturaleza de las misiones de las Fuerzas Armadas, cuando es la propia vida del individuo la que está en peligro, cuando hay que realizar un esfuerzo contra el instinto de conservación, solamente un concepto extraordinario de la disciplina consigue que el hombre siga funcionando. GARCÍA LLANERA, E.: «La disciplina», *Revista Ejército*, número 664, p. 55, julio de 1995.

- La disciplina militar, en su configuración actual, supera la noción de obediencia mecánica e ilimitada que tantos problemas y negativos resultados ha tenido a lo largo de la historia de nuestras Fuerzas Armadas y la de muchos países. La disciplina militar se enmarca en el más absoluto respeto al ordenamiento jurídico tanto desde la perspectiva de quien manda¹⁰, como desde el punto de vista de quien tiene que obedecer¹¹ y ello, sin perjuicio que en el actuar de las Fuerzas Armadas, sobre todo en funciones operativas, la disciplina deba alcanzar una dimensión próxima a un hábito mecánico¹². Pero en estos casos media, como elemento corrector, la competencia y aptitud profesional del personal actuante, preparado para responder y adaptarse a cualquier contingencia con decisión, iniciativa y creatividad, procediendo dentro de un marco de legalidad¹³. Una vertiente más concreta de este entendimiento de la disciplina se refiere, como no podía ser de otra manera, al reconocimiento de los derechos a la dignidad y la inviolabilidad de la persona como valores exigibles y de obligado respeto por cualquier servidor público¹⁴.
- La disciplina, en el sentido apuntado hasta el momento, determina y condiciona un concreto ejercicio del mando, habilitado para exigir responsabilidad disciplinaria pero también, en su caso, objeto de exigencia de responsabilidad. Mando, asentado sobre la pared maestra de la autoridad la cual no trae su causa exclusiva en la oportuna habilitación legal sino que se acompaña de elementos de racionalidad¹⁵, aptitud y ejemplo; o de liderazgo, empleando una semántica muy de actualidad en el ámbito de la gestión pública pero sobradamente conocida y reconocida para las Fuerzas Armadas¹⁶.

Destilando todas las cuestiones expuestas hasta el momento, podemos entender que la solicitud de disciplina en el ámbito público y, en concreto, la exigencia de disciplina

¹³ Véase artículos 12, 47, 48 y 60 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

¹⁴ Véase artículo 11 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

¹⁵ Véase artículo 63 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

¹⁶ Véase artículos 53 y 54 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

¹⁷ Véase artículo 1 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

militar se motiva en la necesidad de alcanzar una mayor eficacia en la atención al interés general que, en el caso de las Fuerzas Armadas, cristaliza en la idea de Defensa Nacional. Esto es, el concepto de disciplina no se agota en mandar con responsabilidad o en obedecer a lo mandado, sino que va a inspirar toda la actuación del personal militar y por tanto la óptima consecución de los objetivos y finalidades de la Defensa Nacional que resultan de singular relevancia en el orden constitucional.

El ejercicio de la potestad disciplinaria militar

Tal y como se ha podido exponer en las líneas precedentes, la relación de servicio que media entre el servidor público y la Administración recibe como garantía al cumplimiento de los deberes y obligaciones de aquél, la existencia de la correspondiente potestad disciplinaria como potestad de supremacía especial¹⁷.

En virtud de esta potestad punitiva, la Administración por sí misma podrá exigir al servidor público la correspondiente responsabilidad disciplinaria con motivo de las infracciones que sean cometidas por la vulneración de alguna de las obligaciones a las que se debe sujetar en el desempeño de su función. Potestad correctiva interna de la que va a derivar la facultad para sancionar.

Hecho este planteamiento general sobre el que, como ya se sabe, se asienta el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito de las Fuerzas Armadas, este poder correctivo debe adecuarse a las sobradamente conocidas y mostradas singularidades de la función militar entre las que, como se ha visto en el apartado anterior, descollan la jerarquía y la disciplina. Por lo tanto, los conceptos de jerarquía y disciplina militar, condicionarán el empleo de la potestad disciplinaria.

No es posible realizar en examen detallado del listado de comportamientos que dispondría el empleo de la potestad disciplinaria ni el resultado o consecuencias de esa reacción correctora, pero sí es posible sintetizar los aspectos que creemos más significativos sobre la materia

¹⁸ Véase artículo 5 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

¹⁹ Véase artículo 45 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

²⁰ Véase artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

²¹ Véase artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

1. La competencia sancionadora y por tanto la grave responsabilidad por su uso no recae en el empleo militar sino en el cargo o cometido que se desempeñe¹⁸. Es decir, pese a la reconocida importancia de la jerarquía como principio de ordenación, la atribución de la potestad disciplinaria, sin desconocer aquel principio¹⁹, se asienta sobre un criterio más bien funcional.
2. La exigencia de responsabilidad disciplinaria ante la observación o conocimiento de un hecho o conducta que constituya infracción disciplinaria, no se declina en ningún caso, ni con competencia ni sin ella debiendo actuarse a través del traslado del correspondiente parte. Principio de exigencia indeclinable que traslada a todo el personal militar una responsabilidad propia respecto a cualquier hecho o conducta que constituya infracción disciplinaria²⁰.
3. Respecto a la formalización del uso de la potestad disciplinaria, se sigue la regla general de la exigencia de procedimiento. Requerimiento formal que debe adecuarse a la necesaria agilidad e inmediatez (e incluso ejemplariedad) de las Fuerzas Armadas por lo que, para aquellas faltas de menor entidad (faltas leves), se posibilita de manera ciertamente excepcional en el bloque normativo jurídico-administrativo el seguimiento de un procedimiento preferentemente oral²¹.

Es obvio que la habilitación para sustanciar un procedimiento disciplinario supone una ventaja y es de gran interés para garantizar un inmediato restablecimiento de la disciplina, pero qué duda cabe que para el militar competente en ese empleo de la potestad disciplinaria supone una gran responsabilidad ya que, por una parte, la oralidad no resta gravedad a alguna de las sanciones que pueden imponerse, incluida la privación de libertad; y por otra, no hace decaer la necesidad de verificar los presupuestos esenciales de todo procedimiento disciplinario:

- Averiguación y confirmación de los presuntos hechos o conducta infractora.
- Aseguramiento, si quiera mínimo, de los derechos del presunto infractor.
- Interdicción de decisiones arbitrarias e injustificadas.

Nuevamente, la capacidad profesional del militar recibe una prueba de cierta altura que, lo general, es que se supere sin dificultad.

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO
Profesor titular de Derecho Adminidtratoivo

EL FOMENTO DE LA VOCACIÓN MILITAR A TRAVÉS DE LAS ACTIVIDADES UNIVERSITARIAS DE DIFUSIÓN Y CONOCIMIENTO DE LA CULTURA DE DEFENSA NACIONAL

Con el agradecimiento a los componentes del Ministerio de Defensa y de la Universidad de Salamanca que con su dedicación y entrega han hecho posible estos logros.

Introducción

En España, históricamente, los diversos servicios militares que se implantaron, tropezaron siempre con problemas de aceptación social. Esto no impedía que el Servicio Militar Obligatorio (SMO), la denominada “Mili”, constituyese un nexo de unión entre la población civil y sus Fuerzas Armadas, a pesar de sus imperfecciones, carencias y fallos.

La suspensión de este servicio por imperativos sociales y de efectividad, ha truncado esta vía a la que nos referíamos anteriormente. Si a ello unimos la también suspensión del Servicio de Formación de Cuadros de Mando, continuador de las ya lejanas Milicia Universitaria, Instrucción Premilitar Superior e Instrucción Militar de la Escala de Complemento, nos encontramos con la necesidad de establecer nuevos procedimientos para que las Fuerzas Armadas puedan ser conocidas y consideradas por el resto de la sociedad española y más concretamente por la comunidad universitaria, que es el tema base de este capítulo.

Además, la suspensión del SMO ha supuesto la ausencia de relación directa de las familias con las Fuerzas Armadas, que se traducía en el conocimiento por los jóvenes de los Ejércitos, con el consiguiente vivero de vocaciones.

Por ello, se hacía necesario promover actuaciones de fomento de la “cultura de Defensa”, que sin duda alguna redundara en el acercamiento a la profesión militar de un núcleo muy importante para las Fuerzas Armadas, cual es el formado por los estudiantes universitarios.

Legislación a aplicar

Sirva como punto de partida una sucinta relación de la legislación relacionada con nuestro trabajo:

1. Real Decreto 247/2001 de 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del SMO. En su artículo primero se lee: “Se adelanta al 31 de diciembre de 2001 la fecha de la suspensión de la prestación del SMO.»
2. Ley Orgánica 5/2005 de 17 de noviembre de la Defensa Nacional. En su artículo 31 se lee: “El Ministerio de Defensa promoverá el desarrollo de la “cultura de Defensa” con la finalidad de que la sociedad española conozca, valore y se identifique con su historia y con el esfuerzo solidario y efectivo mediante el que las Fuerzas Armadas salvaguardan los intereses nacionales. Asimismo, el resto de los poderes públicos contribuirán al logro de este fin.”
3. Real Decreto 1723/2008 de 24 de octubre, por el que se crea el Sistema de Centros Universitarios de la Defensa, ubicados en:
 - Academia General Militar de Zaragoza.
 - Escuela Naval Militar de Marín.
 - Academia General del Aire de San Javier.

Para lo cual se establecerán convenios con las universidades de:

- Zaragoza.
- Vigo.
- Politécnica de Cartagena.

El caso de la cátedra “Almirante Martín Granizo”

ANTECEDENTES

El año 1982, y como una premonición de las necesidades que iban a plantearse, se firma un convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Universidad de Salamanca, sobre materias docentes y relacionadas con la seguridad y la defensa.

Es así como surge la Cátedra extraordinaria «Almirante Martín Granizo», nombre que nos honra por lo que este almirante ha representado en la labor de ampliar y hacer más

sólidos y efectivos los contactos y relaciones entre la comunidad universitaria y el Ministerio de Defensa.

Durante unos años de meritoria y a veces desconocida actuación, la Cátedra va abriéndose camino y ganando prestigio en una época llena de resquemores y juicios trasnochados.

Es así como se llega al año 2000, en el que se reestructura la Cátedra, nombrándose un codirector perteneciente a la Universidad de Salamanca, un codirector militar y un secretario, recibiendo en ese momento las directrices a seguir en un futuro, como eran las de que todos los trabajos venideros fuesen encaminados a llegar a calar en el mundo universitario, es decir, llegar a los alumnos, base y razón de ser de la institución universitaria.

LOS PRIMEROS PASOS

Con la clara finalidad de que la Cátedra fuese conocida ampliamente por el alumnado de la Universidad de Salamanca, se decide, de una forma tímida al principio, crear alguna asignatura de libre elección, siempre relacionada con la defensa y complementar esta medida con la celebración anual de un curso extraordinario.

En este empeño se cuenta con la colaboración de un profesorado de la Universidad que, desde el principio, mostró una ilusión, dedicación y entrega dignas del mayor elogio, amén de una serie de profesores militares que aportaron sus conocimientos, experiencias y saber hacer en el desarrollo de las actividades que se pasa a enumerar.

ASIGNATURAS DE LIBRE ELECCIÓN

CURSO 2000-2001

En este Curso se ofertaron las dos primeras asignaturas de libre elección:

- *Defensa Nacional y Organización Militar* (asignatura número 1). Enmarcada en el Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho, dotada de 4,5 créditos. Se ofertaron 150 plazas.
- *La Unión Europea, recursos humanos, fronteras y defensa* (asignatura número 2). Enmarcada en el Departamento de Geografía Humana de la Facultad de Geografía e Historia, dotada de 6 créditos. Se ofertaron 175 plazas que posteriormente se aumentarían y que finalmente se fijarían en 190.

CURSO 2002-2003

En este Curso se ofertó, junto con las dos asignaturas ya existentes, otra de nueva creación cuyas características fueron:

- *La Cultura de Defensa* fue su título (asignatura número 3). Estaba enmarcada en el Departamento de Sociología y Comunicación de la Facultad de Sociología, dotada de 4,5 créditos. Inicialmente se ofertaron 80 plazas, pero a partir del Curso 2005/2006 este número se fijó en 150.

CURSO 2003-2004

En este curso se ofertó, junto con las tres asignaturas ya en funcionamiento, otra de nueva creación cuyas características fueron:

- *Las aguas en la defensa* fue su título (asignatura número 4). Estaba enmarcada en el Departamento de Química-Física de la Facultad de Farmacia, dotada de 4,5 créditos. Se ofertaron 80 plazas.

CURSO 2005-2006

En este Curso se ofertó, junto con las cuatro asignaturas precedentes, otra de nueva creación cuyas características fueron:

- *Sanidad y conflictos armados* se tituló (asignatura número 5). Estaba enmarcada en el Departamento de Microbiología y Genética de la Facultad de Medicina, dotada de 4,5 créditos. Se ofertaron 56 plazas.

CURSOS EXTRAORDINARIOS

Las asignaturas de libre elección ofertadas se complementaban con una serie de Cursos extraordinarios relacionados de alguna forma con las Fuerzas Armadas, su historia, sus características o su funcionamiento, que pasamos a enumerar:

- Curso 2000/2001. Curso extraordinario número 1: *Política Exterior y de Seguridad Común*, celebrado en el salón de actos de la Facultad de Geografía e Historia.
- Curso 2001/2002. Curso extraordinario número 2: *Calderón de la Barca: Milicia y Letras*, celebrado en el aula magna de la Facultad de Filología.
- Curso 2002/2003. Curso extraordinario número 3: *Los Arapiles, encuentro de Europa* celebrado en el aula magna de la Facultad de Filología.
- Curso 2003/2004. Curso extraordinario número 4: *Medio ambiente y Fuerzas Armadas*, celebrado en el salón de actos de la Facultad de Sociología.

- Curso 2004/2005. Curso extraordinario número 5: Mujer y Fuerzas Armadas, celebrado en el salón de grados de la Facultad de Sociología y el salón de actos “Venancio Blanco” del Acuartelamiento “General Arroquia”.
- Curso 2005/2006. Curso extraordinario número 6: Fernando III el Santo. Historia y proyección, celebrado en el aula magna de la Facultad de Filología.
- Curso 2006/2007. Curso extraordinario número 7: Operaciones de paz y misiones de ayuda humanitaria, celebrado en el aula magna de la Facultad de Filología.

Todos estos Cursos extraordinarios estaban dotados con dos créditos de libre disposición. A partir del año 2007 estos Cursos han sido sustituidos por otro tipo de actividades que se citarán a continuación.

JORNADAS DE ESTUDIO

A medida que la Cátedra se iba consolidando y al comprobar curso tras curso que en la mayoría de las asignaturas ofertadas se cubrían con creces las plazas ofertadas (en muchos casos superadas por los alumnos del Programa Erasmus que no ocupan plaza a nivel de cómputo total), los cursos extraordinarios fueron paulatinamente sustituidos por otra actividad académica, las jornadas de estudio, de dos días de duración, en las que se daban cita expertos civiles y militares en temas concretos y a las que asistían un grupo de personas invitadas, así como un reducido y escogido número de alumnos interesados en los temas que se impartían.

Hasta el día de la fecha se han celebrado las siguientes jornadas de estudio:

- I Jornadas de estudio bajo el título: *La colaboración interinstitucional en el ámbito de la Cultura de Defensa*, celebradas en el Parador Nacional de Ávila los días 10 y 11 de noviembre de 2004.
- II Jornadas de estudio bajo el título: Protección Civil, Fuerzas Armadas y modelos de actuación, celebradas en el Parador Nacional de Zamora los días 12 y 13 de enero de 2006.
- III Jornadas de estudio bajo el título: La Raya, encrucijada ibérica, celebradas en el Parador Nacional de Ciudad Rodrigo los días 27 y 28 de enero de 2007.
- IV Jornadas de estudio bajo el título: La proyección española en Iberoamérica: Defensa y Cultura, celebradas en el Colegio Mayor “Arzobispo Fonseca” de Salamanca los días 17 y 18 de enero de 2008.

- V Jornadas de estudio bajo el título; Los espacios europeos de Educación y Defensa, celebradas en el Colegio Mayor “Arzobispo Fonseca” de Salamanca los días 12 y 13 de febrero de 2009.

Otras actividades

Con el deseo de extender las actividades de la Cátedra a otros campos y no limitarse al terreno meramente docente, se ha iniciado un proceso de participación en otros eventos culturales que se citan a continuación:

- Coincidiendo con el Curso extraordinario: *Los Arapiles, encuentro de Europa*, en mayo de 2002 se inauguró una exposición en la sala “La Salina”, de la Diputación de Salamanca, bajo el nombre: *Los Arapiles, la batalla y su entorno*.
- Asimismo, y en el contexto del citado Curso, se celebró en el paraninfo de la Universidad de Salamanca un concierto a cargo de los profesores del Conservatorio Profesional de Música de Salamanca bajo el título: La música europea en tiempos de la batalla de los Arapiles.
- Con motivo del 250 aniversario de la construcción de la Plaza Mayor de Salamanca, la Cátedra “Almirante Martín Granizo” organizó una exposición fotográfica en la Casa de las Conchas los meses de julio y agosto de 2005 bajo el título: La Plaza sin visillos, con fondos fotográficos provenientes de la agencia EFE.
- En mayo de 2006 se inauguró en Zamora una exposición bajo el título: San Fernando, tiempo y huella, ubicada en una doble sede: la dedicada a San Fernando, en la antigua iglesia del Palacio de la Diputación y la relativa al Arma de Ingenieros del Ejército en la sala de exposiciones de Caja Duero.

VISITAS REALIZADAS

La dirección de la Cátedra ha sido siempre partidaria de que en los programas de sus asignaturas de libre elección y siempre que fuese posible en el desarrollo de los cursos extraordinarios, se incluyesen visitas a instalaciones militares o a centros de interés por su relación con la materia o el tema que se estaba impartiendo.

Es así como se han realizado visitas a las siguientes unidades y centros:

- Cuartel General del Mando de Ingenieros de Salamanca.
- Regimiento de Especialidades de Ingenieros número 11 de Salamanca.

- Campo de maniobras de “Los Montalvos” de Salamanca.
- Comandancia de la Guardia Civil de Salamanca.
- Base aérea de Matacán.
- Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).
- Cuartel General del Ejército.
- Centro Geográfico del Ejército.
- Centro de Seguimiento de Satélites de la Unión Europea en Torrejón de Ardoz.
- Aula de interpretación de la batalla de Arapiles.
- Sitio histórico de la batalla de Arapiles.
- Exposición Ierónimus en la catedral Vieja de Salamanca.

En estas visitas el número de alumnos asistentes fue variable, no bajando nunca de 50, y a la mayoría de los lugares citados se ha ido más de una vez.

También la Cátedra ha llevado a cabo visitas dirigidas al profesorado exclusivamente, siendo éstas:

- Cuartel General de la OTAN en Bruselas.
- Academia General Militar de Zaragoza.
- Base aérea de Zaragoza.

DIPLOMAS

Con la finalidad de premiar al los alumnos de la Cátedra que se hubiesen distinguido por haber obtenido excelentes notas en al menos tres de sus asignaturas, en el año 2004 se estableció un diploma expedido conjuntamente por el excelentísimo señor rector de la Universidad de Salamanca y el excelentísimo señor general o almirante director del CESEDEN.

Este diploma se entrega de forma solemne en el acto anual de clausura de curso en el CESEDEN.

Hasta El momento actual los diplomas entregados han sido los expuestos en el cuadro 1.

Cuadro 1.– Relación de los cursos y diplomas entregados.

Cursos	Diplomas
Curso 2004/2005	3
Curso 2005/2006	4
Curso 2006/2007	4
Curso 2007/2008	2
Curso 2008/2009	5
<i>TOTAL</i>	<i>18</i>

Los datos tan abultados del Curso 2001/2002, fueron debidos a que en la oferta de plazas no se establecieron números máximos, cuadro 2.

Cuadro 2.– Resumen de alumnos matriculados en asignaturas de la Cátedra.

Cursos	Asignaturas					Total
	Número 1	Número 2	Número 3	Número 4	Número 5	
2000/2001	150	175	–	–	–	325
2001/2002	311	448	–	–	–	759
2002/2003	151	230	86	–	–	467
2003/2004	147	235	59	78	–	519
2004/2005	156	241	52	81	–	530
2005/2006	165	217	136	83	56	657
2006/2007	151	203	152	82	49	637
2007/2008	156	199	140	80	56	631
2008/2009	155	201	168	86	56	666
<i>TOTAL</i>	<i>1.542</i>	<i>2.149</i>	<i>793</i>	<i>490</i>	<i>217</i>	<i>5.191</i>

Aunque para la Cátedra estas elevadas tasas de matrícula fuesen una satisfacción, se optó por señalar un número máximo de matriculación dados los problemas derivados del aforo de las clases disponibles (hubo que hacer dos grupos en cada una de las asignaturas) y tiempo dedicado a la corrección de los trabajos presentados, cuadro 3.

Cuadro 3.– Resumen de alumnos matriculados en cursos extraordinarios.

Cursos	Título del curso	Asistentes
2000/2001	Política exterior y de seguridad común	275
2001/2002	Calderón de la Barca: milicia y letras	62
2002/2003	Los Arapiles, encuentro de Europa	132
2003/2004	Medio ambiente y Fuerzas Armadas	317
2004/2005	Mujer y Fuerzas Armadas	161
2005/2006	Fernando III <i>el Santo</i> , historia y proyección	125
2006/2007	Operaciones de paz y misiones de ayuda humanitaria	118
	<i>TOTAL</i>	<i>1.190</i>

Retos presentes

La convergencia con el Espacio Europeo de Educación, el cambio que ello supone y los nuevos caminos abiertos, hacen que la Cátedra “Almirante Martín Granizo” se encuentre en un momento trascendental de su andadura, abordando estos retos con el respaldo que supone que 6.381 alumnos de la Universidad de Salamanca nos hayan escogido a lo largo de estos nueve cursos académicos para cursar las asignaturas y los cursos extraordinarios ofertados relacionados todos ellos, de una forma más o menos directa, con la Defensa Nacional, la organización de las Fuerzas Armadas, sus misiones, su historia y, lo que es más importante de todo, hacer llegar al mundo universitario el espíritu de servicio que las preside dentro del pleno respeto a la Constitución.

Conclusiones

Para finalizar este trabajo abordamos una serie de conclusiones después de esta experiencia larga en el tiempo y grande en satisfacciones y vivencias de todo tipo que ha supuesto estos nueve años de andadura de esta fase de la Cátedra “Almirante Martín Granizo”:

1. Estamos convencidos que este tipo de Cátedra es uno de los vehículos más efectivos en el momento actual para hacer llegar a la comunidad universitaria los conceptos básicos de la Defensa Nacional,
2. Se ha comprobado el interés que por temas militares y por la profesión militar han exteriorizado nuestros universitarios, manifestado en su respuesta siempre positiva e ilusionada ante los temas impartidos en asignaturas y cursos.
3. La decisión tomada en su momento de que la dirección de la Cátedra fuese ostentada por dos personas, una civil perteneciente a la Universidad y otra militar, ha sido un acierto pleno a la hora de coordinar y desarrollar programas, actividades y visitas.

4. El nombramiento en cada asignatura de un profesor principal perteneciente a la Universidad de Salamanca, ha supuesto que las asignaturas que la Cátedra oferta se encuentren completamente integradas en el mecanismo universitario.
5. El tener las asignaturas localizadas en distintas facultades ha hecho que la Cátedra sea conocida y reconocida en todo el ámbito universitario salmantino.
6. La participación en las asignaturas de diverso profesorado civil y militar con perfecto conocimiento del tema a desarrollar, ha hecho que las materias impartidas adopten un carácter multidisciplinar que ha mantenido al alumnado más receptivo e interesado.
7. Las visitas realizadas a las distintas unidades y centros militares han sido de gran interés para los alumnos y han servido para que éstos conozcan de primera mano sus Fuerzas Armadas.
8. La admisión de alumnos extranjeros fuera del cupo de matrícula, hace que la actividad de la cátedra sea conocida en las universidades de otros países.
9. La participación de la cátedra en la organización de actividades culturales de primer orden, le ha conferido gran prestigio entre las distintas instituciones y organismos de la ciudad.
10. Todo ello nos hace pensar que en un futuro la Cátedra "Almirante Martín Granizo" pueda continuar con su labor de una forma brillante, contando siempre con ese plantel magnífico de colaboradores civiles y militares y una materia prima, el alumnado, con unos valores difíciles de igualar.

GUIDO TESSAINER TOMASICH
Coronel de Ingenieros (R)

PLANEACIÓN EFICIENTE DE LOS RECURSOS HUMANOS EN LAS FUERZAS MILITARES COLOMBIANAS: DE LA ADECUACIÓN DE LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE AL EJERCICIO DE LA “FACULTAD DISCRECIONAL”

Introducción

Coinciden en afirmar los diferentes autores¹ que defienden la globalización jurídica, que el actuar de toda Administración Pública en el mundo contemporáneo, debe estar determinado por la búsqueda de la materialización del principio de eficiencia en su proceder. Es decir, debe ser un actuar en el que el aprovechamiento de los recursos sea optimizado de modo tal, que con los mismos pueda beneficiar de manera real a los ciudadanos, tanto en sentido particular, es decir en cuanto individuos, como también en sentido general, es decir como colectividad².

Dentro de este contexto global y teniendo en cuenta, por una parte, la situación social, política y económica colombiana y por otra parte, que la Administración Pública es la garante de la aplicación de los mecanismos necesarios para el desarrollo de una actividad eficiente del Estado, considero que resulta de especial interés, desde el punto de vista jurídico-económico, en aras de realizar un análisis que aporte elementos concretos al

¹ Véase por ejemplo, ABATE, Bernard: *La nouvelle gestion publique*, LGDJ, París, 2000; AUBY, Jean-Bernard: *La globalisation, le droit et l'Etat, Montchrestien*, París, 2003; JAMES, Harold: «From Grandmotherliness to governance. The evolution of IMF conditionality», *Finance and Development Riview*, volumen 35, número 4, p. 44, 1998.

² En este sentido resulta oportuno precisar que la Constitución Política de 1991 incorpora el concepto de eficiencia que en términos económicos consiste en la utilización óptima de los recursos disponibles y que aplicado a la gestión estatal, en los términos de la Corte Constitucional colombiana significa: «la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.» Sentencia C-479 del 13 de agosto de 1992 (Ms.Ps.: doctores José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero).

³ «Eficiencia: Ausencia de despilfarro o utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y tecnología dados.» SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, décimo sexta edición, p. 726, McGraw-Hill.

estudio de la planeación de recursos humanos dentro de la Administración Pública, el proponer una reflexión que teniendo como línea directriz la actividad eficiente del Estado, entendida esta eficiencia en términos económicos³, permita determinar el impacto que puede y tiene el ejercicio de la *facultad discrecional* por parte de la Administración Pública frente a los funcionarios públicos al servicio de las Fuerzas Militares sobre la garantía de los derechos individuales y los intereses de la colectividad.

Para trabajar esta temática general quisiera desarrollar el caso específico del Estado colombiano, dado que, aunado a la situación política particular en la que se enmarcan las actividades de las Fuerzas Militares colombianas⁴, este Estado ha sido recientemente condenado, con fundamento en la indebida utilización de la *facultad discrecional* que le otorgó la Ley⁵ a la Administración para desvincular «por razones del servicio» a sus funcionarios militares, a indemnizar y reintegrar al servicio activo a efectivos retirados por esta vía o a reformular actuaciones administrativas, como mecanismo para la protección de derechos individuales. Esto, no sólo ha significado un detrimento del patrimonio del Estado, sino que además ha permitido “constatar” que se están excluyendo efectivos cuyas calidades militares eran incuestionables; y en cuya preparación y formación el Estado había invertido sumas muy importantes de dinero, lo que pone en duda la

⁴ Colombia es un país que afronta un conflicto interno desde hace más de 40 años, que ha llevado a que hoy, sus Fuerzas Militares sean el mayor empleador del país y el gasto militar uno de los rubros más importantes dentro del presupuesto nacional, lo que hace que el estamento armado sea un excelente campo de análisis, por una parte, de la relación existente entre la discrecionalidad de la Administración, los límites del acto administrativo y la eficiencia en el actuar del Estado y por otra parte, de la relación existente entre el ejercicio de la discrecionalidad y el control jurisdiccional y ciudadano de la actividad de la administración pública.

⁵ **Decreto 1428 de 2007 artículo 104.** «Retiro discrecional. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el segundo comandante de fuerza, el inspector general, el jefe de personal de la respectiva fuerza, y el comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.» **Decreto 1428 de 2007 artículo 99** «Retiro. Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales generales o de insignia, coronel o capitán de navío se hará por Decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el comandante general o comandantes de fuerza. Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin justa causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. [...]»

planeación eficiente de recursos humanos al interior de las Fuerzas Militares. Lo anterior, por cuanto desde el punto de vista de la racionalidad que debe dirigir la actividad de todo agente económico, resulta por lo menos difícil explicar, por qué si el Estado ha invertido importantes sumas de dinero en la preparación de alguno de sus efectivos, intempestivamente, fundamentado únicamente “en unas razones del servicio”, lo desvincula de la Institución, perdiendo así la posibilidad de recuperar su inversión.

A pesar de que como lo acabamos de mencionar, los recientes fallos de los tribunales dejan en evidencia un desfase entre la utilización de la *facultad discrecional* y la obligación de ejercer de manera efectiva una actividad administrativa eficaz, acorde con los principios del Estado moderno globalizado, los mismos han sido objeto de fuertes críticas por parte del estamento militar, por cuanto se ha considerado que estas decisiones judiciales han impuesto unos límites al ejercicio de la *facultad discrecional*, que van en contra de la operatividad de unas fuerzas Militares cuya actividad se desenvuelve en un país en conflicto. Sin embargo, tomando una posición opuesta a la manifestada por los críticos de estas decisiones y fundamentado en un análisis jurídico-económico, en el presente escrito buscaré demostrar que los límites que por vía jurisprudencial se le han impuesto al ejercicio de la *facultad discrecional* para desvincular funcionarios militares de las fuerzas Militares, no son “nocivos” para la operatividad de la institución y por el contrario “contribuyen a administrar mejor”⁶. Considero que este es un caso en el que las limitaciones impuestas por los jueces, crean las condiciones para que por la vía de la adecuación de la exigencia de motivación suficiente al ejercicio de la *facultad discrecional* como presupuesto esencial para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, no sólo se garanticen adecuadamente los derechos de los individuos, sino que se genere para la Administración, una correlativa presión para que implemente una planeación eficiente de

⁶ En este sentido FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Discrecionalidad arbitrariedad y control jurisdiccional*, pp. 358-365, Palestra Editores, 2006.

⁷ Véase las sentencias C-525 de 1995 MP Vladimiro Naranjo Mesa, C-368 de 1999 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, C-942 de 2003 MP Alfredo Beltrán Sierra, C-1173 de 2005 MP Manuel José Cepeda y C-179 de 2006 MP Alfredo Beltrán Sierra. En estas sentencias la Corte Constitucional confirma la constitucionalidad del retiro discrecional.

⁸ Sentencia: 05001-23-15-000-2009-00203-01 magistrado ponente: Susana Buitrago Valencia fecha: 28 de mayo de 2009-Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Quinta (Acción de Tutela) En el caso que analiza el Consejo de Estado en sede de Tutela, el accionante era un capitán que fue retirado del Ejército Nacional en forma discrecional por razones del servicio. El oficial siempre estuvo en la lista uno del ejército (la mejor calificada) y no tenía investigaciones en su contra. En consecuencia, en su acción el accionante indica que la Nación vulneró sus derechos al debido proceso y al trabajo en la medida en que nunca existió recomendación del comité correspondiente y si ese comité llegó a existir, le vulneraron el derecho a la defensa porque nunca le dijeron qué determinación o decisión había tomado.

⁹ Corte Constitucional, T-111 de 20 de febrero 2009, MP: Clara Elena Reales.

¹⁰ Decreto 1428 de 2007 artículos 99 y 104.

la utilización de sus recursos humanos; la cual, determinada por la consolidación de un control efectivo por parte de la colectividad, redundará, de manera natural, en beneficio de un aprovechamiento más eficiente de los recursos económicos que les son entregados a estas instituciones.

La motivación suficiente, una garantía del ejercicio del Derecho de Defensa

En sentencias recientes de tutela, sin entrar a cuestionar la existencia misma de la *facultad discrecional* del Estado para desvincular a los funcionarios de las Fuerzas Militares por «razones del servicio»⁷, ni mucho menos entrar a cuestionar la existencia de la discrecionalidad administrativa, tanto el Consejo de Estado⁸ como la Corte Constitucional⁹ confirman que si bien el acto administrativo de retiro de un funcionario militar, fundamentado en la *facultad discrecional* que le otorgó la Ley a la Administración¹⁰, no debe motivarse exhaustivamente, sí debe estar amparado en razones objetivas y razonables, y sostienen, en aras de garantizar el Derecho al debido proceso y el Derecho de Defensa de los tutelantes, que esas razones objetivas deben estar consagradas en los informes que tienen la obligación de expedir los comités o juntas encargadas de emitir las recomendaciones en que se sustentaron las decisiones. Informes que deben ser comunicados al afectado junto con el acto administrativo de desvinculación. En otros términos, consideran los jueces de tutela que “las razones del servicio” no constituyen una motivación suficiente del acto administrativo si el mismo no está acompañado por unos informes que de manera clara y objetiva expliquen cuales son los motivos determinantes de la expedición del acto administrativo¹¹.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa: «la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento *en motivos suficientes* que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgada. De manera concordante con lo anteriormente expuesto, esta Corporación ha establecido que en materia de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales, dicha discrecionalidad no implica indefectiblemente que la Administración se exonere del deber de motivar sus decisiones. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer la importancia de la motivación de los actos administrativos, como

Esta posición implica un cambio importante en el ejercicio de la *facultad discrecional* para desvincular personal militar de las Fuerzas Militares en Colombia, toda vez que queda sentado con claridad el principio según el cual, las simples «razones del servicio» no son una motivación suficiente del acto de desvinculación de estos funcionarios como aparentemente hasta ahora se había considerado. Así, si bien la administración puede desvincular por “razones del servicio”, el afectado debe conocer los motivos en los que se sustenta dicha desvinculación para que se entienda que el acto ha sido motivado suficientemente y para que, por una parte, se le garantice el ejercicio del Derecho de Defensa al afectado con la decisión y por otra parte, que la actividad de la administración no sea considerada arbitraria. En efecto, si tenemos en cuenta que por la vía del contencioso-administrativo el funcionario sólo puede solicitar, en este caso, la nulidad del acto por expedición irregular, pero no –por no ser la vía legal idónea– que se motive adecuadamente el mismo, el desconocimiento de los motivos que sirven de fundamento al acto de desvinculación, pondría al funcionario en la imposibilidad de ejercer su derecho de defensa y por ello la actividad de la administración se convierte en una actuación arbitraria. En este sentido afirma el Consejo de Estado:

“El desconocimiento de las razones que sustentan el despido del servicio se considera una actitud arbitraria que amerita la protección constitucional porque las acciones contenciosas no resultan idóneas para obtener que la Administración motive su acto permitiendo que el afectado controvierta la legalidad del mismo, única garantía de que pueda acudir al proceso contencioso en ejercicio de la plenitud de sus derechos.”

Si analizamos la posición del Consejo de Estado desde el punto de vista del funcionario, es evidente que sólo nos remitiríamos a observaciones en términos de garantía del ejercicio del Derecho de Defensa. Pero si lo analizamos desde el lado contrario de la relación jurídica, es decir desde el punto de vista de la administración, lo que encontramos es la obligación para esta de realizar estudios sólidamente elaborados que reflejen el análisis serio de los hechos¹² que dan fundamento a su decisión de

garantía de que los destinatarios del mismo puedan conocer las razones en las que se funda la Administración al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares.»

¹² En este punto es importante precisar como lo ha hecho de manera reiterada la Corte constitucional y el Consejo de Estado que la facultad discrecional no es una sanción, de lo que se colige que no se trata para la administración de realizar un proceso completo en el cual el funcionario vaya a ser juzgado, se trata simplemente de que estas actas reflejen los motivos objetivos y razonables que llevan a las juntas o comités a recomendar el retiro del funcionario.

¹³ GONZÁLES NAVARRO, Francisco, citado por GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*,

desvincular al funcionario del servicio activo. De lo anterior se colige que la Administración no se puede ocultar detrás de lo que se denomina el “anquilosado paradigma” de la prevalencia de un interés sobre el otro¹³ —que para este caso consistiría en argumentar que las “razones del servicio” no necesitan más explicación que el ser una medida de salvaguarda del interés general necesaria dentro de un país en conflicto— pues esto constituiría, en los términos de Gordillo¹⁴:

«Una falacia no formal que lleva a que el acto esté ilógicamente motivado y que por ende deba ser declarado nulo.»

Al confirmar que la Administración debe consignar claramente los motivos en los que se fundamenta la utilización de la *facultad discrecional* para desvincular a un funcionario militar de las Fuerzas Militares, con el fin de que éste pueda ejercer su Derecho a la Defensa, se debe entender de una vez por todas que la inadecuada elaboración de las actas de las reuniones de los comités o juntas en los que se decide recomendar o no el retiro de un funcionario y que sirven de causa al acto de desvinculación o que las mismas contengan expresiones vagas y vacuas como por ejemplo «por ser conveniente a los superiores intereses del Estado» o “en virtud de las atribuciones que le confiere la Ley” equivalen, en sentido material más no formal, a la inexistencia de fundamentación pues significan “inutilizar totalmente la defensa o argumentación”. De lo que se colige que si bien el acto administrativo no necesita expresar la motivación, los documentos que reflejan las reuniones de los comités o juntas que deben recomendar o no el retiro de un funcionario, deben consignar claramente el análisis y expresar de manera exhaustiva cuáles son los elementos que le llevan a recomendar o no el retiro de un funcionario, pues una actuación contraria a la que se propone, equivaldría a hacer, se insiste, absolutamente imposible el ejercicio del Derecho de Defensa del funcionario, dado que este desconocería los motivos en que se fundamenta la decisión de desvinculación. Así, en los términos de nuevo de Gordillo¹⁵:

p. 39, Biblioteca Jurídica Diké y Fundación de Derecho Administrativo, primera edición Colombiana, Medellín, 1999.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵ *Ibidem*.

«La Administración está obligada a explicar exhaustivamente cuales son los hechos que se consideran probados, cual es la prueba que se invoca, qué valoración reciben, qué relación existe entre tales hechos, etc. En este orden, la motivación suficiente no es una cuestión de forma como de manera evidente se ha venido haciendo en Colombia en esta materia sino que es un elemento de fondo pues hace referencia directa al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión.»

En este sentido es también fundamental subrayar que con esta imposición de comunicar el contenido de las actas –la causa del acto de desvinculación– se dejan claras dos cosas que ya están perfectamente desarrolladas en el campo teórico pero no así en el práctico. En primer lugar, que el funcionario que puede ser retirado con fundamento en la *facultad discrecional* no se convierte por ese simple hecho en un funcionario de libre nombramiento y remoción, este funcionario sigue siendo de carrera (vocación de estabilidad) y lo que sucede es que de manera excepcional se le permite a la administración truncar dicha carrera para que se logren concretar los fines del Estado. En segundo lugar, que una cosa es el acto político o de gobierno y otra muy diferente el acto administrativo que se expide en ejercicio de la *facultad discrecional*. En efecto, mientras en el primero los motivos y la motivación son estrictamente políticos y por ello no necesitan fundamentarse en razones objetivas, en el caso de los actos de desvinculación de funcionarios expedidos en ejercicio de la *facultad discrecional*, las razones deben ser objetivas, luego al evaluar este acto, si bien no se analiza la conveniencia o inconveniencia de la decisión, sí se analiza la existencia de los motivos y la proporcionalidad de estos con dicha decisión¹⁶. Con base en lo anterior es claro que, dentro del ejercicio de la *facultad discrecional*, la causa del acto debe estar a disposición de los funcionarios para que estos puedan ejercer su Derecho de Defensa.

Con la exigencia de la motivación suficiente de los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios militares de las Fuerzas Militares, lo que se busca es

¹⁶ Con respecto a la diferenciación entre los actos políticos y los actos expedidos en ejercicio de facultad discrecional, compartimos la posición de Berrocal cuando a manera de ejemplo manifiesta que: «una es la discrecionalidad de un alcalde en relación con los cargos de representación política, en los cuales puede determinar la oportunidad, el mérito, la conveniencia y los motivos» y otra, «la discrecionalidad en relación con cargos no políticos y que no estén sujetos a carrera, en los que apenas puede determinar la oportunidad y la conveniencia, ya que los motivos están limitados por las necesidades del servicio, lo cual excluye motivos que si son admisibles en los actos respecto de cargos de representación política, como pueden ser motivos políticos partidistas o puramente personales ajenos a las necesidades del servicio.» BERROCAL, Luis Enrique: *Manual del acto administrativo*, primera edición p. 183, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2001.

que el sujeto que es retirado, al interponer su demanda, pueda someter ante el juez el análisis de la existencia de los motivos y controvertir precisamente dicha existencia y la razonabilidad del acto. Sin embargo, la exigencia de motivación suficiente no sólo permite a los funcionarios afectados ejercer su Derecho de Defensa sino, en mi concepto, a la colectividad de ejercer su derecho a fiscalizar la actividad de la Administración en lo que al aprovechamiento de sus recursos se refiere y por esta vía, de la mano de la actividad jurisdiccional, contribuir también a una mejor administración de los recursos humanos dentro de las Fuerzas Militares y de la Administración en su conjunto.

La exigencia jurisdiccional de motivación suficiente, una garantía para la planeación eficiente de los recursos humanos

La actuación eficiente del Estado no es más un simple objetivo deseado sino una obligación que en el caso colombiano se encuentra consagrada en su Constitución como principio de la actuación administrativa. Esta actuación eficiente, no puede sin embargo concretarse en el campo del ejercicio de la *facultad discrecional* para la desvinculación de personal militar de las Fuerzas Militares, si dicho ejercicio no se realiza dentro de los límites de la racionalidad económica y jurídica que debe determinar la utilización de los recursos disponibles y en particular la utilización del recurso humano.

Si tenemos en cuenta que la racionalidad económica –entendida como la conducta optimizadora en la que los consumidores maximizan la utilidad y las empresas maximizan los beneficios¹⁷– y la racionalidad jurídica –entendida, con respecto a la Administración Pública, como la actividad determinada por la voluntad de maximizar los beneficios de la colectividad– son elementos esenciales para alcanzar el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, su desconocimiento conlleva directamente a la ineficiencia en la actuación de la Administración. En otros términos, toda actuación irracional (económica o jurídicamente considerada) conlleva a una actuación ineficiente de la Administración y por ende, en el caso colombiano, a un desconocimiento de un principio constitucional determinante de la actividad administrativa.

La clásica discusión consistente en evaluar la discrecionalidad desde la perspectiva de la separación de los poderes es insuficiente para encuadrar el planteamiento anterior, por ello, el punto de vista de la eficiencia y la racionalidad que le subyace, y que se plantea para el análisis del ejercicio de la discrecionalidad –aplicado al caso concreto de la

¹⁷ SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, decimosexta edición, p. 183, McGraw-Hill.

¹⁸ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Discrecionalidad arbitrariedad y control jurisdiccional*, p. 358, Palestra Editores, 2006.

facultad discrecional para desvincular miembros militares de las Fuerzas Militares colombianas— corresponde a una perspectiva ampliada en la que se entiende que los límites que se le imponen al ejercicio de esta *facultad discrecional* por parte de los jueces, no son simples mecanismos encaminados a evitar la arbitrariedad, sino que se convierten en instrumentos que contribuyen a garantizar el desarrollo de una actividad pública eficiente, de lo que se infiere que “juzgar a la administración, contribuye también a administrar mejor”¹⁸.

En el caso particular del cual nos ocupamos, la contribución a la eficiencia se deriva de la imposición que hacen los jueces administrativos y constitucionales a la administración, consistente en establecerle límites al ejercicio de la *facultad discrecional*, obligándola a motivar de manera suficiente los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios militares a través de la publicación de las actas en las que se manifiestan las razones que sirven de base a la recomendación del despido y que constituyen la causa del acto discrecional de retiro. Sin embargo, dicha contribución materializa su presión por la eficiencia a través de dos vías diferentes. Una *primera vía*, que podríamos denominar como *directa*, de acuerdo con la cual, la imposición que se expresa a través de los límites impuestos al ejercicio de la *facultad discrecional*, trae como consecuencia una presión para que el Estado realice una planeación más eficiente de sus recursos humanos, so pena de verse sancionada y condenada al pago de indemnizaciones de perjuicios como consecuencia de desvincular a sus funcionarios, por la vía de la *facultad discrecional*, fundamentado en argumentos carentes de objetividad. En este orden —teniendo en cuenta que la motivación del Acto sólo puede ser racional si se encuentra en adecuación con una causa o motivo objetivo— dentro del marco de esta primera vía la lógica consiste en afirmar que los límites impuestos por la jurisdicción, generan una correlativa presión sobre la Administración para que enmarque toda desvinculación dentro de políticas estructuradas y claras de recursos humanos. Lo anterior, por cuanto resultaría irracional tanto desde el punto de vista económico como jurídico y por ende contrario al principio de eficiencia que, fundamentado en una apreciación puramente subjetiva y desprendida de una política clara de utilización eficiente de los recursos humanos, decidiera prescindir de los servicios de un funcionario en cuya preparación ha invertido importantes recursos públicos, los cuales está en la obligación de utilizar de manera eficiente.

En efecto, si se tiene en cuenta que los límites impuestos por los jueces al ejercicio de la Facultad discrecional para desvincular funcionarios militares, implican que la administración no puede escudarse detrás de lo que denominábamos en los términos de Gordillo:

«El “anquilosado paradigma” de la prevalencia de un interés sobre el otro, pues ello constituye una falacia no formal»¹⁹.

La Administración está obligada a fundamentar su actuación en motivos objetivos que permitan dilucidar que si bien la conveniencia de la actuación corresponde, en aras del mantenimiento de la discrecionalidad, de manera exclusiva a la Administración, dicha conveniencia debe poder justificarse en presupuestos objetivos cuya validez solo puede ser constatada en la medida que los mismos se encuentren enmarcados dentro de una política seria de recursos humanos. Considero que sólo en el marco de una política de planeación de recursos humanos es realmente posible probar la racionalidad de la decisión y por ende, comprobar que está encaminada a la búsqueda de la realización de los fines del Estado. Una realización que sólo puede ser alcanzada si su comportamiento obedece a los principios de racionalidad tanto económica como jurídica.

De manera concreta, podríamos decir que en la medida que la desvinculación de un funcionario no se encuentre fundamentada en motivos objetivos que se enmarquen en políticas claras de manejo y gestión de recursos humanos, dicha desvinculación es ilegal y contraria al principio de eficiencia por cuanto debe ser considerada como una acción irracional de la Administración. Una irracionalidad derivada del hecho que si la causa del acto no es objetiva y no puede ser evaluada a la luz de una política clara de planeación y manejo de recursos humanos, la decisión de conveniencia (la desvinculación) no podría ser considerada como encaminada a maximizar los beneficios de la administración individualmente considerada –racionalidad económica– y de la colectividad –racionalidad jurídica–. *A contrario*, si los motivos en que se fundamenta el acto de desvinculación son objetivos, como lo exigen los límites impuestos por los jueces, y se encuentran enmarcados dentro de políticas estructuradas de recursos humanos, entonces la actividad podrá ser considerada como racional en términos económicos y jurídicos. En este orden, los límites impuestos por los jueces, impiden a la administración el estar dando bandazos, escudados en la supuesta garantía del orden público, en materia de manejo de recursos

¹⁹ Véase *supra*, p. 1.

humanos, obligándola a tomar decisiones con base en políticas objetivas y claras de planeación y manejo de estos recursos.

Manifestábamos, sin embargo, que existe una *segunda vía* a través de la cual se materializa la presión por la eficiencia derivada de las imposiciones que hacen los jueces a la Administración y que implican unos límites al ejercicio de la *facultad discrecional*. Esta *segunda vía*, que podemos denominar *indirecta*, consiste en una apertura para que los ciudadanos puedan exigir a través de los mecanismos de fiscalización que les otorga el ordenamiento jurídico colombiano²⁰, una adecuada planeación de los recursos humanos al interior de las Fuerzas Militares. Esta apertura surge de la posibilidad que se genera para los ciudadanos de exigir a dicha Administración, fundamentados en los límites impuestos por parte de los jueces al ejercicio de la *facultad discrecional*, a través de la exigencia de motivación suficiente de los actos de desvinculación, explicaciones relacionadas con la manera en como son utilizados los dineros públicos en el manejo de los recursos humanos al interior de las Fuerzas Militares. En otros términos, es una apertura que surge de la posibilidad que se le abre a los ciudadanos de, a partir del conocimiento de elementos objetivos, evaluar la actividad del Estado en términos de eficiencia y de la obligación que tiene la Administración de demostrar que su actividad es racional tanto desde el punto de vista económico como jurídico.

En efecto, si tenemos en cuenta que por una parte, Colombia es un país que afronta un conflicto interno que obliga a que el gasto militar represente el 6,5% del producto interior bruto y que por otra parte, dentro de dicho gasto el componente de la preparación del personal ocupa más del 30% del mismo, resulta por lo menos comprensible y explicable que la Administración deba demostrar objetivamente –insistimos, sin escudarse en el anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre el otro– que las decisiones de desvinculación de oficiales, suboficiales o soldados con fundamento en la *facultad discrecional* obedece al principio de eficiencia. En términos un poco más sencillos, dada la importancia del gasto militar en un país como Colombia y del gasto en la preparación de sus militares, la Administración debe estar en la capacidad de explicar de manera objetiva ante la fiscalización de los ciudadanos, por qué oficiales o suboficiales en cuya formación nuestras Fuerzas Militares invierten una gran cantidad de dinero, son de un día para otro desvinculados de la institución, sin más explicación que «las razones del servicio». Es

²⁰ Por ejemplo las acciones populares.

decir, demostrar que la «pérdida» de los recursos invertidos en la preparación de sus recursos humanos, obedece a una actuación racional y no a un impulso meramente subjetivo²¹.

En estos términos, de la fiscalización por parte de los ciudadanos y de la obligación que consideramos en un Estado Social de Derecho como el colombiano tiene la Administración de demostrar que sus actuaciones deben estar dirigidas hacia la realización de una actividad eficiente; considero que se deriva para la Administración, una correlativa presión para que implemente una clara y transparente política de planeación de recursos humanos dentro de la cual pueda enmarcar sus decisiones de desvinculación por *facultad discrecional*.

Sin embargo, considero que el impacto que en materia de planeación eficiente de recursos humanos tienen los límites impuestos por los jueces al ejercicio de la *facultad discrecional* para desvincular funcionarios militares deriva su mayor interés, del hecho que de la obligación de motivación suficiente de los actos de desvinculación por *facultad discrecional*, se deriva de manera extensiva para las Fuerzas Militares colombianas, la obligación de motivar suficientemente todo acto que implique desvinculación de un miembro militar de la fuerza, como lo sería, por ejemplo, la no recomendación de ascenso de un oficial o suboficial al grado inmediatamente superior²².

Consideramos que si los límites al ejercicio de la *facultad discrecional* son asumidos como una obligación general que debe ser aplicada extensivamente a todo acto de desvinculación, esto redundaría en un mejoramiento en la planeación de recursos humanos al interior de las Fuerzas Militares colombianas, dado que la administración estaría obligada en todo momento a demostrar, que sus decisiones discrecionales en materia de desvinculación se encuentran fundamentadas en causas objetivas y no en elementos puramente subjetivos. Es decir, que la manera como manejan los recursos públicos destinados a la preparación y mantenimiento del recurso humano dentro de la

²¹ En este sentido, me permito precisar que si bien estoy convencido que la relación de confianza es elemento fundamental dentro de las instituciones militares, a su vez estoy convencido que la ruptura de esa relación como fundamento de una decisión de desvinculación debe fundamentarse en causas objetivas, pues en tratándose del rubro más importante en materia de gasto público, lo mínimo que se puede esperar es que la ejecución de dicho presupuesto se realice siguiendo lógicas racionales que permitan desarrollar una actividad eficiente.

²² En este sentido, si bien soy consciente que la estructura castrense es piramidal, consideramos que la institución debe estar en capacidad de demostrar de manera objetiva que quien se encuentre en la cúspide es el mejor de entre aquellos que podían acceder a dicho cargo.

fuerza, se encuentra enmarcada dentro de una política clara de planeación de recursos humanos cuyo objetivo principal es el de la materialización del principio de eficiencia y de la racionalidad que le es subyacente, como presupuestos esenciales para alcanzar el beneficio de la colectividad y de la Administración Pública individualmente considerada. En ocasiones resulta inexplicable encontrar que por el camino son dejados de lado miembros militares en cuya formación la fuerza ha invertido una cantidad muy importante de recursos públicos, sin más explicación o fundamento que la existencia de una estructura piramidal o las razones del servicio, lo que choca directamente con los principios de la eficiencia.

A manera de conclusión, se puede entonces afirmar que –derivado de la fiscalización y de la obligación de la Administración de motivar de manera suficiente sus decisiones de desvincular funcionarios militares con fundamento en el ejercicio de la *facultad discrecional* que le otorga la ley– los límites impuestos por el juez al ejercicio de esta facultad al interior de las Fuerzas Militares contribuyen a administrar mejor, pues generan la obligación para el Estado de enmarcar sus decisiones dentro de políticas estructuradas de planeación de recursos humanos al interior de la institución militar, que redundan en un mejoramiento de la eficiencia en el actuar de la Administración y en un mayor respeto y garantía de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares. Sin embargo, la denominada *facultad discrecional* para retirar funcionarios no se encuentra limitada al campo de las Fuerzas Militares, sino que existen otras normas que autorizan el ejercicio de dicha facultad en la Policía Nacional²³, en el Departamento Administrativo de Seguridad²⁴ y en el Instituto Nacional Penitenciario²⁵, instituciones éstas que por su carácter civil ameritan un análisis especial y diferenciado que permita aclarar si el ejercicio de esta facultad es un mecanismo que genera eficiencia en el actuar de la Administración Pública en su conjunto y si los límites impuestos al ejercicio de la misma por los jueces, contribuye, como en el caso de las Fuerzas Militares, a administrar mejor.

²³ Ley 857 de 2003.

²⁴ Decreto 2147 de 1989.

²⁵ Decreto-Ley 407 de 1994.

COMPOSICIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO

Presidente: D. PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO

*Profesor titular de Derecho Administrativo
y codirector de la Cátedra «Almirante Martín Granizo».*

Coordinador: D. ÁNGEL PLAZA RODRIGO

Coronel del Ejército de Tierra y profesor del CESEDEN.

Vocales: D. GUIDO TESSAINER TOMASICH

*Coronel de Ingenieros (R)
y codirector de la Cátedra «Almirante Martín Granizo».*

D. JULIÁN SÁNCHEZ ESTEBAN

Abogado y secretario de la Cátedra «Almirante Martín Granizo».

D. FRANCISCO JAVIER FRAGOSO MARTÍNEZ

*Profesor titular de la Universidad de Extremadura
y miembro de la Cátedra «Almirante Martín Granizo».*

D. JAVIER G. RINCÓN SALCEDO

*Profesor en Derecho Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Pontificia Universidad Javeriana, doctor en Derecho de la Universidad
de Poitiers (Francia) y miembro de la Cátedra «Almirante Martín Granizo».*

Las ideas contenidas en este trabajo son de responsabilidad de sus autores, sin que refleje, necesariamente el pensamiento del CESEDEN, que patrocina su publicación