

LOS ARRESTOS DISCIPLINARIOS ESPAÑOLES Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: NECESIDAD DE UNA REFORMA

JUAN JOSÉ HERBÓN COSTAS

Asesor Jurídico del Departamento de Seguridad Nacional

Cómo citar/Citation

Herbón Costas, J. J. (2021).

Los arrestos disciplinarios españoles y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: necesidad de una reforma. *Revista de Administración Pública*, 215, 179-204.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.215.06>

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la evolución de la normativa disciplinaria militar española desde la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sanciones disciplinarias privativas de libertad, y la necesidad del mantenimiento de la reserva española a la aplicación de los arts. 5 y 6 del citado convenio al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Palabras clave

Disciplina militar; sanción de arresto; jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

The purpose of the present paper is to analyse the evolution of the Spanish military disciplinary law since the adherence to the European Convention on Human

Rights, the study of the jurisprudence of the European Court of Human Rights in this matter, and the need to maintain the Spanish reservation with respect to application of articles 5 and 6 of the Convention to the disciplinary regime of the Armed Forces.

Keywords

Military discipline; arrest penalty; European Court of Human Rights case-law; reservations to the application of the European Convention on Human Rights.

SUMARIO

I. EL FUNDAMENTO DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL ÁMBITO MILITAR. II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LAS SANCIONES MILITARES PRIVATIVAS DE LIBERTAD. III. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR ESPAÑOL TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978. IV. LOS ARRESTOS DISCIPLINARIOS ESPAÑOLES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. V. EL ARRESTO EN LAS FUERZAS ARMADAS DEL SIGLO XXI: NECESIDAD DE LA SANCIÓN Y NECESIDAD DE SU REFORMA.

I. EL FUNDAMENTO DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL ÁMBITO MILITAR

La aparición de regímenes disciplinarios en la función pública es un fenómeno directamente ligado a la desaparición, durante la segunda mitad del siglo XIX, del privilegio de las Administraciones públicas a la libre separación de sus servidores:

La razón de esta falta (de normas disciplinarias) se encuentra en que el Gobierno se ha creído siempre bastante fuerte para hacerse respetar y obedecer con la facultad de separar libremente a los funcionarios públicos, salvo ciertas excepciones, y no se ha considerado en la precisión de acudir a las Cortes, proponiendo una Ley que le asegure la disciplina y subordinación de sus agentes¹.

¹ A. Nieto (1970), «Problemas capitales de Derecho disciplinario», *Revista de Administración Pública*, 63, págs. 39-83 (pág. 44), citando las palabras de A. Cánovas del Castillo (1862), *De las faltas comprendidas en el libro tercero del Código Penal y en Leyes, Decretos y Reglamentos administrativos, que pueden corregirse gubernativamente y de los que sólo pueden pensarse sin juicio verbal*, Madrid, pág. 36.

Esta situación no era propia de nuestros Ejércitos, donde las autoridades castrenses mantuvieron la disciplina mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, una jurisdicción que los primeros Borbones (Real Instrucción de 1 de enero de 1714) coronarían con la figura del Capitán General²:

El ejercicio de la justicia en el ámbito de lo castrense fue otra de las atribuciones de los capitanes generales, aunque con la limitación que suponía que la justicia se resolviese en primera instancia en los propios regimientos, es decir, fuera de su ámbito de poder. A pesar de ello los capitanes generales podían suspender la ejecución de una sentencia dictada por el “consejo de guerra” de un regimiento, si bien no tenían capacidad ni de indulto ni de conmutación de pena, atribuciones reservadas al rey. Fuera de los regimientos, los capitanes generales ejercían la justicia en primera instancia sobre todos los individuos sujetos al fuero militar que sirviesen en el ámbito de su circunscripción territorial, desde los cuerpos de milicias hasta la tropa y oficialidad destinada al mando de plazas militares, castillos y defensas fijas. Para el ejercicio de esta función contaban con la labor de especialistas en la materia, los “auditores de guerra” de las Capitanías³.

Esta dispar tradición en la regulación de la disciplina en el ámbito de la función pública permite explicar hoy día no solo su muy distinto grado de aplicación —moneda de uso corriente en el ámbito castrense, mucho más inusual en el seno de la Administración civil—⁴, sino también la posibilidad de imposición de sanciones privativas de libertad a los uniformados que nunca han sido contempladas para los funcionarios civiles en España⁵ y

² A. Guaita Martorell (1986), «Capitanes y Capitanías generales», *Revista de Administración Pública*, 111, págs. 7-50 (pág. 7), señala que la figura del Capitán General era ya conocida en el siglo XV, pero cobra todo su significado en el siglo XVIII con el protagonismo que le da la Administración borbónica. De la coexistencia de esta figura con la de los virreyes da cuenta A. Adot Lerga (2013), «Orígenes del virreinato de Navarra (1479-1486)», *Príncipe de Viana*, 258, págs. 601-636 (pág. 606). Según F. Andújar Castillo (2002), «Capitanes Generales y Capitanías en el siglo XVIII», *Revista de Historia moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 22, págs. 7-78 (pág. 14), la figura del Capitán General en tiempo de los Borbones representaría «un eslabón más en el proceso de militarización de la monarquía y de la administración».

³ F. Andújar Castillo (2002: 45-46).

⁴ A. Nieto (1970: 39): «Los funcionarios, hablando en términos generales, son poco eficientes y nada celosos, cuando no corruptos, y, sin embargo, sólo muy raramente se les aplican las dolorosas medidas de un régimen disciplinario. Más aún: con harta frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la corrección del funcionario y el mejoramiento del actuar administrativo, sino que son meros pretextos o coberturas de una represión política».

⁵ El art. 34 del Estatuto de Bravo Murillo contenía un catálogo de «correcciones» que comprendía la repreñión privada, la suspensión de empleo y sueldo cuando se propusiera la separación y la privación del sueldo hasta dos meses.

que en el derecho comparado⁶ desaparecieron con la implantación del Estado de derecho⁷.

El ejercicio de la jurisdicción castrense por las autoridades militares se desarrolló sin obstáculos hasta que a mediados de la década de los años ochenta del siglo XX se acometió su reforma, y se desligó definitivamente la potestad jurisdiccional —atribuida a los nuevos juzgados togados y tribunales militares, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 117.5 de la Constitución española (en adelante, CE)— de una potestad disciplinaria que quedó en manos de unos mandos a los que se privilegió con el mantenimiento de la facultad de imponer sanciones privativas de libertad a sus subordinados al amparo de la interpretación, *a sensu contrario*, de lo dispuesto por el art. 25.3 CE: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Una interpretación del art. 25.3 CE que, si a efectos internos otorgaba plena cobertura a esta potestad exorbitante de la Administración militar, entraba en directa contradicción con la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) había ya realizado sobre el alcance del

El art. 78 del Reglamento del Estatuto de O'Donnell amplió las «correcciones disciplinares» a la reprensión privada, la reprensión pública, la suspensión de sueldo, la suspensión de empleo y sueldo, la cesantía y la separación motivada.

El art. 60 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 a los Cuerpos generales de la Administración civil del Estado y al personal subalterno de la misma preveía los siguientes «castigos o correcciones disciplinarias»: apercibimiento, multa de uno a quince días de haber, traslado de destino o residencia, pérdida de uno a veinte puestos en el escalafón, postergación perpetua, cesantía o separación definitiva del servicio.

⁶ Lochbrunner (1968), *Bundesdisziplinarrecht*, Frankfurt am Main, pág. 52: «El Derecho penal se separa del Derecho disciplinario hace cien años... La confusión existente hasta entonces había tenido las siguientes consecuencias: las infracciones de los deberes funcionariales, que sólo tenían una justificación disciplinaria, eran sancionadas con penas que hoy sólo pueden imponer los Tribunales (por ejemplo, las privativas de libertad)» (citado por A. Nieto, 1970: 57).

⁷ Seydel (1888), *Bayerisches Staatsrecht*, III, págs. 482-483: «La pretensión a la sanción disciplinaria es una pretensión jurídica. En consecuencia, es por su misma esencia una resolución judicial el decidir si en los casos concretos existe esa pretensión o no, pues del simple poder funcional no puede deducirse el derecho a resolver esa cuestión. El poder funcional, en cuanto derecho a mandar y exigir obediencia a las órdenes, es una consecuencia del derecho a exigir el cumplimiento de los deberes oficiales; pero de tal derecho a mandar o a exigir no puede deducirse el derecho a resolver si es suficiente la mera orden o si es necesaria, además, una sanción, por no haberse cumplido aquélla. Admitiendo que las autoridades administrativas poseen de hecho un poder disciplinario, hay que entender que ello se debe a simples razones de oportunidad, y ser, en todo caso, conscientes de que cuando actúa tal poder, en realidad está juzgando» (citado por A. Nieto, 1970: 56).

art. 5.1 *a*) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁸ en lo referido a la privación de libertad por autoridades no judiciales, y que obligó a España, al adherirse a dicho tratado, a formular una reserva a la aplicación al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas de las previsiones contenidas en los arts. 5 y 6 CEDH que, más de cuarenta años después, sigue vigente.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LAS SANCIONES MILITARES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La jurisprudencia del TEDH en materia de sanciones administrativas privativas de libertad impuestas a militares gira en torno a las conclusiones alcanzadas en la famosa STEDH de 8 de junio de 1976, caso *Engel y otros contra Países Bajos*. La importancia de esta sentencia deriva no solo de la variedad de asuntos que hubo de abordar (por la acumulación de las demandas de cinco militares de reemplazo holandeses que, por diversos motivos, fueron arrestados preventivamente y/o sancionados con privación de libertad por decisión de sus superiores jerárquicos)⁹, sino por tratarse también de la primera oportunidad en la que el TEDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los arrestos disciplinarios a la

⁸ M^a. N. Arrese Iriondo (2009), «Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario sistemático*, 2^a ed., (págs. 97-169), Madrid: Civitas, afirma, citando como apoyo las S TEDH de 9 de noviembre de 2010 en los casos *de Farhad Aliyev contra Azerbaijan* (ap. 163) y de *Salayev contra Azerbaijan* (ap. 42), que el art. 5 CEDH protege la libertad física (deambulatoria) de la persona, tanto del arresto como la detención, y no precisa que la persona privada de libertad sea engrillada o encerrada en una celda, bastando para considerar que existe privación de libertad que «una vez dentro del lugar de detención esté sometida a vigilancia constante y no sea libre para marcharse».

⁹ El sargento Engel era miembro de una Asociación de Soldados de Reemplazo Obligatorio y solicitó un permiso para asistir a un Congreso de la citada asociación en la que presentaba su candidatura al cargo de vicepresidente, ocultando a sus superiores dicha candidatura. Cayó enfermo y permaneció en su domicilio por consejo médico, circunstancia que impidió que su superior resolviera la petición del permiso, pero acudió al Congreso sin la autorización del mando, hecho por el que fue sancionado con cuatro días de arresto leve. Aquí la historia empieza a complicarse, pues el sargento Engel, iniciando una espiral de insumisión contra la disciplina, incumplió esta primera sanción al abandonar el cuartel durante el arresto para dormir en su domicilio (en la creencia de que su condición de suboficial le permitía cumplir el arresto domiciliariamente). En consecuencia, fue detenido preventivamente por la Policía Militar por espacio de dos días y posteriormente castigado con tres días de arresto agravado y degradado al empleo de soldado, como consecuencia de esta segunda infracción disciplinaria. Pero el inquieto —y ahora soldado— Engel, demostrando una contumacia digna de mejor ocasión, volvió a abandonar el cuartel para

luz de las garantías contenidas en los arts. 5.1 (prohibición de la privación de libertad acordada por autoridades no jurisdiccionales) y 6.1 CEDH (extensión de las garantías del procedimiento penal al procedimiento disciplinario militar).

El caso *Engel* permitió al TEDH afirmar, sin ambages, tanto la aplicabilidad del CEDH a los militares —aun reconociendo la existencia de algunas matizaciones, derivadas de «las características particulares de la condición militar y sus efectos en la situación de los miembros individuales de las Fuerzas Armadas» (ap. 54 *in fine*)— como la conformidad con el CEDH de la existencia de diferencias en la ejecución de las sanciones disciplinarias en función del empleo militar del sancionado (ap. 72). Pero su aportación fundamental radicó en la fijación de los criterios que permiten diferenciar la naturaleza jurídica de las sanciones disciplinarias privativas de libertad a los efectos de determinar si se está en presencia de una sanción que debe respetar las garantías establecidas por el art. 5.1 *a*) CEDH, o si se trata de una mera restricción de libertad no protegida por ella. El TEDH, tras sentar que este artículo trata sobre la «libertad física de la persona» (ap. 58), rechazó que el servicio militar pueda ser considerado, en sí mismo, una privación de libertad, a pesar de que su prestación entraña amplias limitaciones de la libertad deambulatoria de los soldados. De esto se colige que una situación que podría ser considerada como una privación de libertad en caso de ser padecida por la población civil puede no merecer tal consideración en el caso de aplicarse a personal uniformado, debiendo usarse como criterios para delimitar la verdadera naturaleza de las sanciones disciplinarias militares «un conjunto de elementos tales como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de ejecución de la sanción o medida considerada» (ap. 59).

pernoctar en su domicilio, siendo nuevamente castigado por su jefe de compañía, esta vez con una sanción de tres días de arresto estricto.

Por su parte, el cabo Wiel sufrió la rotura de su automóvil durante un fin de semana, decidiendo repararlo el lunes por la mañana y presentarse cuatro horas tarde en su destino en vez de regresar a su unidad a tiempo utilizando otro medio de transporte, por lo que fue sancionado con cuatro días de arresto leve.

El soldado De Wit fue destinado por tres meses a una unidad disciplinaria por haber conducido de manera temeraria un *jeep* y por haber cumplido defectuosamente la orden de efectuar la recogida de un camión.

Los dos últimos demandantes, los soldados Dona y Schul, eran redactores de la revista *Alarma*, publicada por la Asociación de Soldados de Reemplazo Obligatorio. El soldado Dona, destinado en el cuartel de Ermelo, colaboró en la redacción del nº 8 de la revista, cuya distribución fue prohibida por el mando por minar la disciplina, siendo sancionado con tres meses de destino a una unidad disciplinaria por colaborar en la redacción de un artículo titulado «La Ley del más fuerte», que iba inserto en el citado ejemplar, y por participar en la distribución del mismo. Por su parte, el soldado Schul fue castigado con cuatro meses de destino a una unidad disciplinaria por los mismos hechos que se le imputaron a Dona y, además, por elaborar un boletín de información para los nuevos reclutas que fue prohibido por su contenido negativo para la disciplina castrense.

Con estos mimbres, el TEDH tejió su famosa doctrina que diferencia los distintos tipos de arresto disciplinario en meras restricciones o en auténticas privaciones de libertad, y apreció que ni los arrestos leves (ap. 61) ni los agravados (ap. 62) contemplados por la legislación militar holandesa suponían más que restricciones de libertad y, por tanto, no se encontraban sujetos al respeto de las garantías del art. 5.1 *a*) CEDH, pues durante su cumplimiento los militares no se encontraban encerrados (ni siquiera en el arresto agravado, en el que se obligaba al sancionado a permanecer en un local determinado y se le impedía acudir a la cantina, al cine o a otras salas de recreo) y seguían prestando normalmente su servicio. Sí constituían una auténtica privación de libertad, en cambio, los arrestos de rigor, porque eran cumplidos (por los suboficiales y por la tropa) encerrados día y noche en una celda, quedando excluidos de la prestación de su servicio habitual (ap. 63). También suponía una privación de libertad el traslado a una unidad disciplinaria, tanto porque en ella los militares no se encontraban separados de los condenados a esta pena complementaria por la comisión de un delito militar como porque en esta unidad se encontraban privados del derecho de salida del acuartelamiento durante más de un mes e incluso podían pasar varias noches encerrados en celdas (ap. 64).

Debe destacarse que el TEDH no encontró en ninguna de las sanciones disciplinarias impuestas a los cinco demandantes vulneración alguna de la garantía jurisdiccional contenida en el art. 5.1 *a*) CEDH, por tratarse de meras restricciones de libertad, ni tampoco las encontró en la sanción de envío a una unidad disciplinaria —que sí constituía una privación de libertad—, por haber sido ejecutada tras resolverse el recurso interpuesto ante el Tribunal Superior Militar, gracias al efecto suspensivo de que gozaban los recursos en el derecho holandés (ap. 68)¹⁰.

Por tanto, el TEDH excluyó que todo arresto disciplinario cayera necesariamente bajo el ámbito de cobertura del art. 5.1 *a*) CEDH, puesto que solamente los que por sus condiciones de cumplimiento producen un verdadero aislamiento y anulación de la libertad deambulatoria del sancionado pueden ser considerados verdaderas privaciones de libertad y deben ser ejecutados bajo garantía judicial, que-

¹⁰ La condena a los Países Bajos se justificó en que el arresto provisional padecido por el sargento Engel, que no entraba en el ámbito de aplicación del art. 5.1 *a*) por no tratarse de una sanción, pero sí lo estaba en el de la letra *c*) de dicho artículo, por tener una finalidad meramente represiva en la medida que pudiera servir para someter al demandante al cumplimiento de una obligación legal. Pero al haber excedido de la duración máxima prevista por la legislación interna holandesa para dichas medidas (veinticuatro horas), declaró que se habría producido una vulneración del CEDH (ap. 69).

En el caso del destino a una unidad disciplinaria de los soldados Donna y Schul se produjo una violación del art. 6.1 CEDH, porque el Tribunal Superior Militar celebró sus audiencias a puerta cerrada, sin que hubiera quedado acreditado «que estuviéramos en este caso ante una de las situaciones donde se permite prohibir “el acceso a la sala de audiencia [...] a la prensa y al público”».

dando en manos de la autoridad administrativa la imposición de los otros arrestos o medidas cautelares restrictivas de libertad que no producen dicha anulación.

III. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DISCIPLINARIO MILITAR ESPAÑOL TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Al entrar en vigor la Constitución española, el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 (en adelante, CJM)¹¹, constituía un vademécum que regulaba materias orgánicas, penales, procesales y disciplinarias¹², e incluso cuestiones heterogéneas y extrañas a la justicia militar, como era el caso de los expedientes gubernativos o de algunas cuestiones civiles¹³, en el que se confundía la regulación disciplinaria con cuestiones completamente ajenas a ella por el «carácter frontezizo de la materia [disciplinaria] [...] situada entre el Derecho Penal, el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal»¹⁴.

Las «faltas y correcciones» se encontraban reguladas en el título XV del Tratado II, que clasificaba las infracciones disciplinarias en graves¹⁵ (cuya corrección era competencia de la «Autoridad judicial militar», es decir, de las autoridades castrenses previstas por el art. 49 CJM con el apoyo de su auditor)¹⁶ y leves (tipificadas en los arts. 443 a 447 CJM y las únicas que tenían una auténtica naturaleza

¹¹ J. Valenciano Almoyna (1980), *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*, Madrid, pág. 17, lo consideró una reforma de «compromiso». Para J. F. Higuera Guimerá (1990), *Curso de Derecho Penal Militar Español I. Parte General*, Barcelona: Bosch, pág. 99, supuso «una refundición del Código de Justicia Militar del Ejército de 1890, [del] Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, y [de] la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Marina de 1894, y de la Ley de Enjuiciamiento de la misma fecha».

¹² P. Casado Burbano (1988), «Visión histórica del Derecho Penal Militar español», en R. Blecua y J. L. Rodríguez-Villasante, *Comentarios al Código Penal Militar* (págs....) Madrid: Civitas, pág. 41.

¹³ J. F. Higuera Guimerá (1990: 99-100).

¹⁴ J. R. Fernández Areal (1988), «Notas sobre el Derecho Disciplinario Militar (la Ley nº 12/1985)», *Revista Española de Derecho Militar*, 52, págs. 89-98 (pág. 89), defiende la naturaleza estrictamente administrativa del derecho disciplinario militar.

¹⁵ Reguladas en el capítulo II, que a su vez se dividía en tres secciones, la primera dedicada a la «deserción y falta de incorporación a filas en tiempo de paz» (arts. 431 a 433 CJM), la segunda al «abuso de autoridad y uso indebido de atribuciones» (arts. 434 a 436 CJM) y la tercera a «otras faltas graves» (arts. 437 a 442 CJM).

¹⁶ Que otorgaba la consideración de Autoridades Judiciales a los siguientes mandos: en el Ejército de Tierra, a los capitanes generales de Región militar, a los generales en jefe de Ejército, a los generales, y a los jefes de tropa con mando independiente a quienes se haya atribuido expresamente jurisdicción; en la Armada, a los capitanes y comandantes de Departamento Marítimo, a los comandantes generales de escuadra y al almirante jefe de la

disciplinaria, ya que eran corregidas directamente por los jefes respectivos de los infractores)¹⁷. Quedaba ajena a la materia disciplinaria la regulación de los expedientes gubernativos destinados a separar del servicio a los oficiales y suboficiales cuya permanencia en filas fuera considerada perjudicial, lo que explica el olvido de la reserva española en relación a estos procedimientos.

Los procedimientos de instrucción de las faltas eran regulados en el título XXIV del Tratado III (arts. 1003 a 1008 CJM)¹⁸. En el caso de las faltas graves, la autoridad judicial ordenaba la instrucción de un expediente «judicial»¹⁹ tramitado por un instructor y un secretario «designados con sujeción a las normas establecidas para las causas»²⁰, procedimiento también aplicado a la depuración de la responsabilidad por la comisión de faltas comunes cuyo conocimiento correspondiera a la jurisdicción de guerra (art. 1003 CJM)²¹.

Las faltas eran castigadas con «correcciones», entre las que se incluían las privativas de libertad, que podían ser aplicadas en algunos supuestos incluso a

Jurisdicción Central de Marina; en el Ejército del Aire tal consideración solo la ostentaba el general jefe de la Jurisdicción del Aire.

¹⁷ Si los corregidos se sentían ofendidos podían acudir por conducto reglamentario, en el plazo de un mes desde que el correctivo se hubiera extinguido (art. 1.008 CJM), a sus jefes en «representación de su agravio». Si no obtenían satisfacción, podían acudir al jefe del Estado a través del Ministerio (del Ejército, de la Marina o del Aire) del que dependieran (art. 1.007 CJM).

¹⁸ El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este procedimiento en las SSTC 21/1981, de 15 de junio (FJ 10º), y 44/1983, de 24 de mayo (FJ 1º), en las que determinó que «en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho de defensa, de modo que ese derecho no se convierta en mera formalidad produciéndose indefensión».

¹⁹ J. F. Higuera Guimerá (1990: 102), lo calificaba como «excéntrico expediente judicial, y pese a su nombre, era de carácter mixto, es decir, jurisdiccional y administrativo».

²⁰ La designación «de los Jueces instructores, Fiscales, Secretarios de causa y Defensores» era regulada en el título VI del Tratado I (arts. 136 y ss.), y no exigía necesariamente la pertenecía del juez instructor a uno de los Cuerpos Jurídicos de los Ejércitos

²¹ En el citado expediente judicial, el instructor recababa todas las pruebas sobre la responsabilidad del acusado, a quien recibía manifestación en declaración no jurada para que tomara conocimiento de los cargos en su contra y se defendiera de los mismos, practicándose las pruebas que solicitara en su defensa si eran consideradas pertinentes por el instructor, quien a la vista de lo actuado pediría la imposición del correctivo que considerara adecuado o la terminación del expediente sin responsabilidad, remitiendo en todo caso el expediente al auditor para su informe y la posterior resolución de la autoridad judicial (art. 1.004 CJM). Si se estimaba por la autoridad y su auditor que los hechos revestían la consideración de delito, se ordenaba la formación de causa y su tramitación como tal (art. 1.006 CJM).

civiles, y que resultaban distintas en sus condiciones de cumplimiento y en su extensión según el empleo militar del infractor²².

Este sistema de administración de la disciplina castrense continuaba una tradición histórica que fue dotada de un firme apoyo por la interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional en torno al art. 25.3 CE²³, pero que entraba en directa contradicción con lo dispuesto por el art. 5.1 a) CEDH, que exige que la privación de libertad de cualquier persona sea acordada por un juez o tribunal independiente e imparcial, cualidades que las autoridades judiciales del CJM no reunían, constituyendo otra de las razones que explican que España, al adherirse al CEDH el 24 de noviembre de 1977, formulara una reserva a la aplicación de los arts. 5 y 6 CEDH en lo referido al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Las reformas militares acometidas por los sucesivos Gobiernos de la democracia deslindaron la normativa disciplinaria²⁴ de la regulación del derecho penal y procesal militar²⁵, extendieron las garantías establecidas por el art. 24.2 CE en favor del acusado en un proceso penal al expedientado en un procedimiento disciplinario, regularon los expedientes gubernativos como materia disciplinaria y limitaron la duración máxima de las sanciones pri-

²² En las faltas graves, el art. 415 CJM preveía que los oficiales y suboficiales podían ser corregidos con arresto militar de dos meses y un día a seis meses, mientras que la tropa y la marinería podía sufrir, además del mencionado arresto en similar extensión, el destino a un cuerpo de disciplina de uno a tres años; los paisanos eran corregidos con arresto común de dos meses y un día a seis meses.

El art. 416 CJM preveía la corrección de las faltas leves de la siguiente manera: para los oficiales y suboficiales mediante arresto de hasta catorce días en su domicilio, buque, banderas, cuartel o dependencia de destino, y de quince días a dos meses en un castillo u otro establecimiento militar, y también con reprensión; para la tropa y marinería con arresto de hasta dos meses, deposición de empleo o recargo en actos del servicio mecánico.

²³ STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 8º *in fine*: «La Constitución Española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del art. 25.3 se deriva a sensu contrario que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad. Y el art. 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma previstos en la Ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la Ley para la fijación de los supuestos».

²⁴ Disposición final 2ª de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre: «El Gobierno presentará a las Cortes, en el plazo de seis meses, un proyecto de Ley que establezca los principios fundamentales del régimen disciplinario en los Ejércitos». Este mandato fue cumplido con la aprobación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

²⁵ Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar; Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Organización y Planta de la Jurisdicción Militar y Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

vativas de libertad a dos meses de arresto, pero mantuvieron en manos de autoridades administrativas la potestad de imponer y ejecutar los arrestos, lo que obligó a actualizar la reserva formulada por España a los arts. 5 y 6 CEDH en 1986²⁶.

IV. LOS ARRESTOS DISCIPLINARIOS ESPAÑOLES ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La formulación de reservas a la aplicación de los arts. 5 y/o 6 CEDH en lo referido al régimen disciplinario de los Ejércitos no es una particularidad española²⁷, pues salvo Dinamarca, que ha desterrado este tipo de sanciones tras la reforma acometida en 2005, las sanciones disciplinarias privativas de libertad son comunes en el ámbito europeo. Entre los Estados que han sido condenados por el TEDH destaca el caso británico²⁸. Gran Bretaña mantiene el arresto no solo como una medida cautelar privativa de libertad²⁹, sino como una sanción disciplinaria adoptada por el oficial al mando³⁰. También Bulga-

²⁶ *Boletín Oficial del Estado* de 30 de septiembre de 1986.

²⁷ Portugal realizó una reserva a la aplicación del art. 5 CEDH exclusivamente en lo referido a la imposición de arrestos en el ámbito militar, con efectos de 9 de noviembre de 1978. Francia la formuló el 3 de mayo de 1974. Checoslovaquia lo hizo el 18 de mayo de 1992 y la actual República Checa la actualizó el 2 de agosto de 1993. Eslovaquia mantuvo esta reserva al acceder al Consejo de Europa el 30 de junio de 1993.

²⁸ Véase R. Lorenzo Ponce de León (2008), «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón», *Revista Española de Derecho Militar*, 91, págs. 85-140, que señala como las más importantes las SSTEDH caso *Hood contra el Reino Unido*, de 18 de febrero de 1999; caso *Morris contra el Reino Unido*, de 16 de febrero de 2002; y el caso *Thompson contra el Reino Unido*, de 15 de junio de 2004.

P. Rowe (2003), «Military Law in the United Kingdom», en G. Nolte (ed.), *European Military Law Systems* (págs. 831-888), Berlin: De Gruyter Recht, pág. 866, sostiene que no ha puesto fin a la histórica confusión existente en el Reino Unido entre derecho penal y derecho disciplinario.

²⁹ Declarada contraria al CEDH en las SSTEDH de 18 de febrero de 1999, caso *Hood contra el Reino Unido* y de 15 de junio de 2004, caso *Thompson contra el Reino Unido*. Esta medida, en manos de un oficial superior del arrestado o de la policía militar (secc. 67), debe ser posteriormente confirmada por el oficial al mando, principalmente cuando existan cargos penales contra el militar puesto bajo su custodia, en los términos previstos por las secciones 98 y siguientes de la *Armed Forces Act* de 8 de noviembre de 2006.

³⁰ La *detention* prevista por la secc. 132 de la *Armed Forces Act* de 2006, en principio por un plazo máximo de 28 días, que pueden ser extendidos hasta los 90 días si el oficial goza de poderes disciplinarios ampliados.

ria³¹ y Turquía³² han sido censuradas por el TEDH por su falta de respeto al CEDH en la vía disciplinaria militar, resultando el caso turco especialmente significativo, pues Turquía viene siendo condenada, de manera reiterada, por la imposición de arrestos a militares violando la garantía judicial del art. 5.1 a) CEDH.

En el caso español, la mayor parte de las demandas presentadas han guardado una directa relación con la imposición de arrestos disciplinarios³³. Sin embargo, solo en unos pocos supuestos el TEDH ha tenido que analizar la naturaleza de esta sanción administrativa, pues la práctica habitual ha sido la de inadmitir a trámite las demandas con fundamento en la existencia de una reserva en los casos de que la queja sostenía la vulneración del art. 5.1 a) CEDH (caso *Parra Cerezo contra España*)³⁴. En cambio, en los casos de demandas dirigidas a alegar la vulneración del art. 6 CEDH, el TEDH ha entrado a conocer del fondo del asunto pese a reconocer la existencia de la reserva (caso *Camacho López Escobar contra España*)³⁵, pues, a la luz de la doctrina asentada en el caso *Engel y otros contra Países*

³¹ En el caso *Gavril Georgúiev contra Bulgaria* (STEDH de 2 de abril de 2009), entendió vulnerados los arts. 5.1 c) y 5.4 CEDH por haberse impuesto a un soldado un arresto de cuatro días por una falta disciplinaria sin respetar «el procedimiento establecido por la ley» y por no poder presentar recurso alguno contra dicha decisión

³² SSTEDH de 26 de abril de 2011, caso *Pulatli*; de 20 de marzo de 2012, caso *Koç y Demir*; de 5 de junio de 2012, caso *Tenglimoglu y otros*; de 15 de diciembre de 2015, caso *Yavuz Selim Güler*.

³³ No se discutió la naturaleza del arresto, sino la vulneración de otros derechos protegidos por el CEDH en los casos *Escalada Fernández y Blázquez Solís* (demanda inadmitida por Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1995), *Gómez Marino* (demanda inadmitida por Decisión de la Comisión de 27 de noviembre de 1996), *Linde Falero* (demanda inadmitida por Decisión del Tribunal de 22 de junio de 2000) y *Cervero Carrillo* (demanda inadmitida por Decisión del Tribunal de 17 de mayo de 2001).

³⁴ Decisión de la Comisión de 25 de febrero de 1991, que declaró inadmisibile la demanda presentada por un guardia civil que fue sancionado con treinta días de arresto por la comisión de dos faltas disciplinarias leves tras ausentarse de su destino sin autorización y desobedecer la orden de un superior de ponerse su uniforme militar

³⁵ Decisión de 20 de mayo de 2003 en la que el TEDH inadmitió por unanimidad la demanda presentada por un coronel miembro del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) que fue sancionado con un mes y quince días de arresto en establecimiento disciplinario militar por la comisión de una falta disciplinaria grave de realizar manifestaciones contrarias a la disciplina en los medios de comunicación social. El demandante realizó unas declaraciones críticas en radio y televisión sobre una presunta *depuración* efectuada dentro del Centro encargado del espionaje español (predecesor del actual Centro Nacional de Inteligencia) que habría sido ejecutada mediante el cese en funciones de varios agentes que trataron de ocultar una serie de escándalos que ocurrían en esa época dentro del CESID, práctica que denunciaba, pues consideraba peligroso para un Estado democrático de

Bajos, entendió que la sanción de arresto no podía considerarse «materia penal» en el sentido requerido por dicho artículo³⁶.

Esta pacífica situación se vería alterada por la STEDH de 2 de noviembre de 2006, caso *Dacosta Silva contra España*, que conoció en profundidad la problemática planteada por la reserva española al CEDH³⁷ en lo referido a la aplicación

derecho que un centro de espionaje militar se constituyera en un órgano autónomo del poder ejecutivo de la nación.

La demanda fue inadmitida tanto por la naturaleza de la norma que le fue aplicada (la Ley Orgánica Disciplinaria de las Fuerzas Armadas) como por la escasa severidad de la sanción privativa de libertad, cumplida en una base del Ejército del Aire y no en un establecimiento disciplinario militar, donde podía circular libremente portando su uniforme y en la que podía recibir publicaciones de carácter general y correspondencia, realizar actividades tanto militares como físicas libremente sin que tuvieran un carácter aflictivo o de medida de corrección, y donde también podía adquirir artículos de primera necesidad y asistir a los oficios religiosos si era su voluntad.

³⁶ S. Ripoll Corulla (2007), «La justicia militar española ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Militar*, 89, págs. 15-48 (pág. 40): «Sin embargo, hay dos asuntos en los que el TEDH sí ha tomado en cuenta la reserva española. Así ha ocurrido cuando la queja del recurrente no se refiere al artículo 6 CEDH, sino a la privación de libertad como resultado de una medida de sanción disciplinaria (art. 5 CEDH). Se advierte, en fin, un tratamiento distinto entre las quejas que versan sobre una vulneración del derecho a un juicio equitativo (art. 6) y las relativas a la privación de libertad (art. 5). Estas últimas no son consideradas por el TEDH en virtud de la reserva española; las primeras, en cambio, son objeto de examen a pesar de tal reserva. Se entiende que las medidas disciplinarias de sanción —legalmente establecidas, con un grado de severidad que no las hace equiparables a la materia penal— no resultan incompatibles con el régimen establecido en el CEDH, cuyo artículo 6.1 se refiere expresamente a las sanciones penales. Esto determina, por una parte, que no sea precisa la consideración de la reserva y, por otra, que se rechace la queja».

³⁷ Abordó el caso de un guardia civil que, encontrándose de baja para el servicio por enfermedad, se ausentó de su destino sin autorización del mando al recibir una llamada informándole de que un pariente se encontraba enfermo, hechos por los que fue sancionado con seis días de arresto domiciliario por la comisión de una falta leve de las previstas en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. El demandante interpuso un recurso de *habeas corpus* contra el arresto que fue rechazado por Auto del 23 de marzo de 1998 por el Juzgado Togado Militar Territorial nº 43 (León).

En el recurso contencioso-disciplinario militar interpuesto contra la sanción, el interesado alegó la violación de los arts. 17 (libertad personal) y 24 CE (derecho a un proceso justo), pero fue desestimado por Sentencia del Tribunal Militar Territorial IV (La Coruña) de 27 de julio de 1999.

El posterior recurso de casación también fue desestimado por Sentencia de 30 de mayo de 2000 de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, por considerar legítima la sanción de arresto impuesta por el apoyo que el art. 25.3 CE otorga a las sanciones administrativas privativas de libertad impuestas en el ámbito de la Administración militar, al tratarse el sancionado de un militar de carrera del Cuerpo de la Guardia Civil.

de los arts. 5 y 6 CEDH al régimen disciplinario de la Guardia Civil aprobado en 1991³⁸. La falta de actualización de la reserva constituyó el motivo principal esgrimido por el demandante para justificar la vulneración de su derecho a no ser privado de su libertad, sino por una decisión judicial, al no poder interpretarse, siguiendo la jurisprudencia de la STEDH del caso *Weber contra Suiza*³⁹, que la reserva formulada al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas cubriera ulteriores textos sancionadores, presentes o futuros, desgajados de este, como ocurrió con el régimen disciplinario de la Benemérita (ap. 29). El Gobierno español sostuvo, de contrario, que el texto disciplinario militar de 1985 se encontraba vigente, lo que implicaba la pervivencia de la reserva formulada por España sobre la aplicación de los arts. 5 y 6 CEDH, y que la nueva Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil se trataba de «una simple especificación del régimen disciplinario de las fuerzas armadas» para este cuerpo militar, por lo que debía entenderse comprendido por la reserva (ap. 28).

El TEDH no aceptó las alegaciones del Gobierno tras constatar que España no había actualizado la reserva tras la aprobación del nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil en 1991, y consideró difícilmente sostenible que la reserva al régimen disciplinario militar fuera extensible a un Cuerpo distinto (ap. 36). Tomó como apoyo la STEDH de 23 de abril de 1997, caso *Stallinger y Kuso contra Austria*, en la que sostuvo que las reservas solamente pueden afectar a las normas vigentes al tiempo de su formulación, por lo que al no encontrarse vigente el régimen disciplinario de la Guardia Civil ni en 1979, cuando España formuló la reserva, ni en 1986, cuando actualizó la misma, entendió que «la reserva no puede, en consecuencia, ampliarse a una norma cuya finalidad es la segregación del objeto reflejado en la reserva» (ap. 37). El TEDH entró a conocer el fondo de la demanda y recordó que el Tribunal Constitucional español había afirmado en su STC 14/1999, de 22 de febrero, la naturaleza privativa de libertad del arresto

En el recurso de amparo el interesado volvió a reiterar la vulneración del art. 17 CE, al cual añadió la del art. 5.1 CEDH, por habersele impuesto una sanción privativa de libertad por una autoridad administrativa siendo el recurrente guardia civil y, por lo tanto, miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y no de las Fuerzas Armadas, no siéndole aplicable, por ello, la reserva formulada por España a la aplicabilidad del art. 5.1 CEDH, que solamente surtiría efecto respecto del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. El recurso fue desestimado por Sentencia de 30 de octubre de 2000, al entender el Tribunal Constitucional que la demanda de amparo carecía de fundamento constitucional.

³⁸ La aprobación de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil fue consecuencia directa del pronunciamiento contenido en la STC 194/1989, de 6 de noviembre, que consideró necesaria la diferenciación del régimen jurídico de los miembros de la Guardia Civil del de los de las Fuerzas Armadas por las diferentes funciones que unos y otros tienen encomendadas.

³⁹ Esta STEDH afirmó la contrariedad al CEDH de la formulación de reservas generales sobre los regímenes disciplinarios de ciertos colectivos, ya fuera sobre normas vigentes o futuras.

domiciliario⁴⁰ (ap. 42) —la sanción que había sido impuesta al demandante— y, por ello, concluyó que toda privación de libertad debe ser decidida por una autoridad judicial (ap. 43), carácter que no ostenta el superior jerárquico que impuso la sanción, pues dependía de otras autoridades y no gozaba de independencia (ap. 45), por lo que entendió vulnerada la garantía judicial contenida en el art. 5.1 CEDH⁴¹.

La principal consecuencia de la STEDH en el caso *Dacosta Silva* fue la extirpación, unos meses después, de la sanción de arresto del catálogo de sanciones disciplinarias previsto por el art. 11 de la actualmente vigente Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, pese a que el instituto armado mantuvo su caracterización como un cuerpo de organización, jerarquía y disciplina militar⁴². Pero esta sentencia fue utilizada, además, en un intento de extender sus efectos al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas españolas en el caso *Benavent Díaz contra España* (Decisión de 23 de febrero de 2017), en la que se conoció una sanción de seis días de arresto a un suboficial del Ejército de Tierra desplegado en 2006 en Sarajevo⁴³. El demandante sostenía la

⁴⁰ STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 9º: «Pues bien, a diferencia del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, hemos de afirmar que el arresto domiciliario sí supone una verdadera privación de libertad y no una mera restricción de aquélla (SSTC 31/1985, FJ 3º, 61/1995, FJ 4º, en línea con la STEDH de 9 de junio de 1976, caso *Engel*), de suerte que, sobre esta base, el indebido cumplimiento de un día de arresto domiciliario, sí entrañaría una vulneración de la libertad personal por contravención de los términos del art. 17.1 C.E., que supedita la legítima privación de libertad a los casos previstos en la ley».

⁴¹ Entendió, en cambio, que el proceso disciplinario de la Guardia Civil goza de las garantías judiciales requeridas por el art. 5.1 a) CEDH (ap. 44).

⁴² La STC 73/2010, de 18 de octubre (FJ 5º), se apoyó en la STEDH *Dacosta Silva* para rectificar una sólida jurisprudencia en la que no se ponían reparos a la aplicación de sanciones privativas de libertad a los miembros de la Guardia Civil (por todas, STC 194/1989, de 16 de noviembre), con el argumento de «que el art. 25.3 CE no permite a las autoridades o mandos de la Guardia Civil a que se refiere el art. 19 de la Ley Orgánica 11/1991 imponer sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la ley les ha encomendado. O dicho de otro modo, el art. 25.3 CE no permite, a la luz de la singular configuración de la Guardia Civil que, previendo el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica —que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad—, se imponga una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar».

⁴³ Contra esta sanción se interpuso recurso de alzada que fue desestimado por resolución del jefe del Estado Mayor de la Defensa de fecha 5 de abril de 2006. En el posterior recurso contencioso-disciplinario militar se alegó la violación del derecho a la libertad amparado por los arts. 17 CE y 5.1 CEDH, además de los arts. 24 (tutela judicial efectiva) y 25 CE (prohibición de imposición de sanciones administrativas privativas de libertad por autoridades administrativas), y se invocó expresamente la doctrina del TEDH en el caso

vulneración del CEDH con fundamento en la pérdida de eficacia de la reserva española al no haberse actualizado tras la aprobación de una nueva ley disciplinaria militar en 1998. El Gobierno español sostuvo que la reserva española era una (la formulada en 1979) y que tras las sucesivas modificaciones de su régimen disciplinario militar había notificado al Consejo de Europa la modificación de la normativa afectada por la reserva (ap. 40).

El TEDH, tras realizar un repaso de su jurisprudencia en materia de reservas⁴⁴, concluyó que la reserva española a la aplicabilidad de los arts. 5 y 6 CEDH en lo referido al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas daba cobertura a la norma por la cual se arrestó al demandante (la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), pese a que esta ley no se encontraba vigente en 1979, cuando España formuló la reserva, ni tampoco lo estuviera en 1986, cuando la reserva fue

Dacosta Silva. El recurso, no obstante, fue desestimado por sentencia del Tribunal Militar Territorial I (Madrid) de 9 de abril de 2008, por entender vigente la reserva formulada por España al art. 5.1 CEDH ininterrumpidamente desde que fuera planteada en 1979, siguiendo la doctrina marcada por la STS V de 6 de febrero de 2008 en esta materia, según la cual los arrestos no vulneraban ni el art. 17 CE ni el art. 5.1 CEDH por mor de la citada reserva. Debe señalarse que el coronel auditor presidente de dicho Tribunal formuló un voto particular en el que admitió la tesis del recurrente y consideró que la ausencia de reserva por parte de España desde la aprobación de la Ley Orgánica Disciplinaria de 1998 hacía que el arresto impuesto al recurrente en el año 2006 hubiera vulnerado el art. 5.1 CEDH.

El Tribunal Supremo también desestimó el recurso de casación por Sentencia de la Sala de lo Militar de 2 de abril de 2009, al entender que la reserva española a la aplicación de los arts. 5 y 6 CEDH sí se encontraba en vigor en el momento de la imposición del arresto, por la distinta función que cumplen las reservas frente a las actualizaciones de estas: mientras que las reservas tienen por objeto excluir la aplicación de un determinado artículo del CEDH, las actualizaciones permiten controlar *a posteriori* al TEDH que las modificaciones introducidas en una ley son conformes al CEDH, pues no introducen un régimen distinto al anterior, sino modificaciones no esenciales. Esto explica que el retraso de España en la comunicación del cambio legislativo en materia disciplinaria militar (la actualización de la reserva) no implicó la nulidad del arresto impuesto, pues la reserva española nunca fue retirada.

El recurso de amparo presentado por el demandante ante el Tribunal Constitucional (tras ver denegada su demanda de nulidad ante el Tribunal Supremo el 16 de julio de 2009) invocaba la vulneración de los arts. 17 y 24 CE y 5.1 y 6 CEDH, pero fue inadmitido por Auto de 22 de febrero de 2010 al carecer la demanda de relevancia constitucional, por resultar pacífica la doctrina constitucional en materia de imposición de sanciones privativas de libertad en el ámbito militar, de conformidad con interpretación del art. 25.3 CE, *a sensu contrario*.

⁴⁴ En el apdo. 47 de la sentencia, en el que resume los requisitos exigibles para considerarlas válidas: 1. Deben ser emitidas en el momento de ratificación del CEDH o de sus Protocolos. 2. Deben referirse a una disposición concreta del CEDH. 3. Deben referirse a leyes vigentes al momento de la ratificación. 4. No deben revestir carácter general. 5. Deben adjuntar una breve exposición de la ley concernida por la reserva.

actualizada como consecuencia de la aprobación del anterior texto sancionador. Sin embargo, la nueva ley disciplinaria, en las partes que eran de interés para la controversia, reproducía el articulado del anterior régimen disciplinario y, por ello, estaba amparada por la reserva: «[L]as disposiciones aplicables al presente asunto de la nueva ley de 1998 [...] tenían el mismo ámbito de aplicación personal que el de las leyes anteriores cubiertas por la reserva, es decir los miembros de las Fuerzas Armadas [...]. En la medida en que las novedades legislativas eran esencialmente las mismas que aquellas que estaban en vigor en el momento de la ratificación del Convenio, el Tribunal solo puede aceptar la aplicabilidad de la reserva inicial a las disposiciones en causa de la Ley Orgánica 8/1998» (ap. 59), porque aceptar la tesis del demandante supondría, «[t]al como señaló el Tribunal Supremo español [...] acordar a una ausencia de notificación al Consejo de Europa de una modificación de una ley inicialmente cubierta por la reserva, los mismos efectos que una retirada formal de la reserva» (ap. 60), argumentos que permitieron declarar la reserva española conforme al art. 57 CEDH (ap. 62) e inadmitir la demanda por causa de su incompatibilidad *ratione materiae*.

V. EL ARRESTO EN LAS FUERZAS ARMADAS DEL SIGLO XXI: NECESIDAD DE LA SANCIÓN Y NECESIDAD DE SU REFORMA

Más de cuarenta años después de que el CEDH entrara en vigor para España, el sistema disciplinario militar español precisa mantener la reserva a la aplicación del art. 5 CEDH para sustentar la potestad de imponer sanciones administrativas privativas de libertad en el ámbito militar. Una potestad que, resultando conforme con la CE, contraría las exigencias del CEDH.

La vigente Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, contempla diversas sanciones que pueden afectar a la libertad del militar. Si la privación de salida⁴⁵, aplicable por la comisión de faltas leves, no parece presentar problemas de encaje constitucional o de adecuación al CEDH por su naturaleza de sanción exclusivamente académica⁴⁶, más problemas plantea, sin duda, el arresto, sanción que ha recibido del legislador una caracterización jurídica distinta según sea impuesta por la comisión de una falta

⁴⁵ Art. 13 LORDFAS: «La privación de salida, aplicable a los alumnos de los centros docentes militares de formación, supone la permanencia del sancionado, fuera de las horas de actividad académica, en el centro o unidad donde esté completando su formación, con supresión de salidas hasta ocho días como máximo».

⁴⁶ J. I. Morillo-Velarde Pérez (2009), «Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (especial consideración del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil)», *Documentación Administrativa*, 282-283, págs. 413-447 (pág. 429), la califica como «medida disciplinario-académica».

leve o de faltas graves o muy graves y que es rechazada por un sector de la doctrina científica⁴⁷ y del movimiento asociativo profesional militar⁴⁸.

La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa núm. 1671, de 7 de septiembre de 2004, sobre «Ratificación de protocolos y retirada de reservas y derogaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos», rechazó el mantenimiento *sine die* de las reservas formuladas al CEDH, al entender que no pueden formularse con pretensión de permanencia, y recomendó al Comité de Ministros que conminara a los Estados que todavía mantenían reservas a que en un plazo de tres años procedieran a retirarlas, previa modificación de la normativa que hubiera justificado su mantenimiento. Un planteamiento que goza de gran aceptación en la doctrina científica, que considera que el mantenimiento de reservas que diferencien el régimen aplicable a cada Estado «se justifica en el momento inicial de la adhesión de un Estado a dicho instrumento, [pero] al cabo de un cierto tiempo debería perder su valor, puesto que conlleva el riesgo de conducir a los Estados que se han prevalido [de dicha facultad] a adoptar una actitud de pasividad, en lugar de trabajar para que las situaciones que han motivado las reservas dejen de existir»⁴⁹.

⁴⁷ J. I. Morillo-Velarde Pérez (2009: 429), pese a admitir su perfecta constitucionalidad y acomodo al CEDH por la reserva planteada por España, la considera una sanción innecesaria, porque «ni la Constitución exige este tipo de sanciones ni se puede argüir que la falta de rechazo sea identificable con su plena conformidad [...] el cumplimiento de la sanción [de arresto] trasciende así claramente el ámbito de lo profesional y adquiere así una connotación infamante que no se admitiría por ningún profesional de otro ámbito [...] suponen situar al arrestado en el ámbito del rechazado, de alguna manera tratado como un enemigo al que se encierra o como un ser antisocial al que se neutraliza».

⁴⁸ La Asociación Unificada de Militares Españoles (AUME), que se presenta a sí misma como la mayoritaria dentro de las Fuerzas Armadas, dirigió a los grupos parlamentarios durante la tramitación de la LORDFAS un documento titulado «Un nuevo modelo de Régimen Disciplinario equilibrado, digno, coherente, respetuoso, moderno, eficaz completo», en el que contemplaba la posibilidad de imponer arrestos solamente en zona de operaciones y durante la vigencia de los estados de alarma, excepción o sitio.

⁴⁹ M. de Salvia (2002), *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 1-Jurisprudence 1960 à 2002, Kehl-Strasbourg-Arlington: Ed. N. P. Engel, pág. 740. Citado por A. Díaz Pérez de Madrid (2008), «TEDH-Sentencia de 02.11.2006, Dacosta Silva c. España, 69966/01-Arresto domiciliario-Inaplicabilidad de la reserva española al régimen disciplinario de la Guardia Civil», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 30, págs. 527-544 (pág. 538, nota 36).

En España, véase A. Sánchez Legido (1994), «Algunas consideraciones sobre la validez de las reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 20, págs. 207-230 (pág. 230): «En definitiva, y teniendo en cuenta el carácter de orden público europeo que reviste la parte sustantiva del Convenio, y que el mismo incluye ya los suficientes mecanismos para garantizar cuando sea necesario la “raison d’Etat” que se halla en la base de buena parte de las reservas formuladas, el régimen de reservas al CEDH únicamente constituye un mecanismo flexible para posibilitar a los

Lo cierto es que la reserva formulada por España ha perdido hoy día buena parte de su sentido en lo referido a la aplicación del art. 6 CEDH al régimen disciplinario militar, tras la extensión a este de las garantías previstas por el art. 24.2 CE. Pero cobra una especial relevancia, a la luz de las conclusiones alcanzadas en el caso *Dacosta Silva contra España*, por la contradicción existente entre la atribución competencial que el art. 32 LORDFAS concede a determinadas autoridades y mandos castrenses para imponer arrestos⁵⁰ y las exigencias que el art. 5.1 a) CEDH impone para que dicha decisión solamente pueda ser adoptada por una autoridad judicial independiente e imparcial. El mantenimiento de esta potestad administrativa en el ámbito militar responde a una tradición⁵¹ que resume magníficamente el aforismo anglosajón «he who gives the orders sits in judgement»⁵², que vincula el ejercicio del mando al de la jurisdicción⁵³. Enraíza también con el modelo de Ejército que la democracia heredó del franquismo,

Estados su inicial aceptación con el compromiso de adaptar progresivamente su legislación en ámbitos puntuales en los que pueda existir divergencia. Transcurrido un plazo razonable, y si se adopta la posición de considerar prevalente la dimensión constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos frente a su dimensión convencional, parece necesario convenir que las desviaciones habrán de considerarse inadmisibles».

⁵⁰ En concreto, concede competencia para imponer todos los arrestos al ministro de Defensa, al jefe del Estado Mayor de la Defensa, al subsecretario de Defensa, a los jefes de Estado Mayor de los Ejércitos; a los oficiales generales con mando o dirección de unidad, centro u organismo se la otorga para imponer arrestos por falta grave y leve; a los jefes de regimiento y unidad similar, los comandantes de fuerza, unidad o buque de guerra para los arrestos por falta leve; a los jefes de batallón, grupo o escuadrón aéreo o unidad similar para el arresto de hasta cinco días; y, finalmente, los jefes de compañía o unidad similar para los arrestos de hasta tres días.

⁵¹ F. de Querol y Durán (1948), *Principios de Derecho militar español con arreglo al Código de Justicia Militar de 1945*, Madrid: Editorial Naval: «Dondequiera que hayan existido fuerzas armadas regulares y organizadas han funcionado, más o menos embrionariamente, las leyes y justicia de carácter militar específico, porque siempre ha sido facultad y deber del mando mantener las huestes sobre las que se ejerce la disciplina, a cuyo fin es indispensable el uso rápido y eficaz del poder punitivo». Citado por J. M. González Reyes (2011), «Significación histórico-jurídica de la disciplina militar», *Revista General de Marina*, 261, págs. 919-928 (pág. 922).

⁵² R. Lorenzo Ponce de León (2008: 87), señala como en el derecho militar británico ha sido tradicional considerar el ejercicio de la «jurisdicción como potestad inseparable del ejercicio del mando».

⁵³ R. Gómez Martínez (2008), *El estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España: antecedentes, fundamento y situación actual*, tesis doctoral (inédita) dirigida por Gregorio Cámara Villar, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, pág. 253: «Desde que existen los ejércitos hay justicia militar, que nace de la ineludible e imperiosa necesidad de disponer de un instrumento eficaz para ordenar y disciplinar la actuación de estos, en una concepción tan estrecha que tradicionalmente y hasta fechas cercanas, se asociaba el ejercicio del mando con la facultad de juzgar».

un modelo mixto de mandos profesionales y tropa de reemplazo que «explica el excesivo protagonismo que se otorga a las sanciones privativas de libertad, cuando el modelo profesional admite un mayor juego de las sanciones privativas de derechos, sin merma de los fines que ha de cumplir el régimen disciplinario militar»⁵⁴. Y se justifica por la exigencia de celeridad en la reacción punitiva que exige el mantenimiento de la disciplina en los Ejércitos, señalada por el propio Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia como uno de las notas diferenciadoras del régimen disciplinario castrense⁵⁵.

Sin embargo, estos tres argumentos parecen haber quedado periclitados o, cuanto menos, puestos en entredicho. La legislación de la democracia ha acabado con el reconocimiento de potestades jurisdiccionales a los mandos militares, hoy día residenciada en órganos jurisdiccionales de carácter técnico, plenamente conformes con las exigencias de los arts. 117.5 CE y 6 CEDH⁵⁶. En cuanto al modelo de ejército, la suspensión del servicio militar obligatorio y la transformación de las Fuerzas Armadas a un modelo plenamente profesional habrían convertido en innecesaria la permanencia de sanciones disciplinarias privativas de libertad⁵⁷. Por último, la celeridad de la reacción disciplinaria que caracterizó la justicia castrense durante siglos puede considerarse hoy día muy mermada, pues la actual regulación de los procedimientos sancionadores dilata una respuesta que solo en el caso de las faltas leves, que siguen sujetas a la instrucción de un procedimiento de carácter marcadamente oral (arts. 46 y 47 LORDFAS), puede realizarse con cierta rapidez⁵⁸.

⁵⁴ F. J. Sospedra Navas (2007), «Garantías del procedimiento disciplinario militar y control jurisdiccional: tendencias (y algunas propuestas) expansivas», *Revista Española de Derecho Militar*, 89, págs. 49-88 (pág. 53).

⁵⁵ STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 9º: «En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar».

⁵⁶ Como reconoció el propio TEDH en el caso *José Antonio Escalada Fernández y Manuel Blázquez Solís contra España* (Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 1995) en la que descartó que el sistema jurisdiccional militar español vulnerara las exigencias de que las causas fueran oídas por un tribunal independiente e imparcial establecida por el art. 6.1 CEDH y rechazó las alegaciones de los demandantes de que los miembros militares que integran los tribunales castrenses junto con los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar no pudieran «realmente sustraerse a la influencia del ámbito militar», de que el juez togado militar no fuera un juez establecido por la ley, y de que la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, no respetara los principios constitucionales en lo referido a la independencia e inamovilidad judicial.

⁵⁷ J. I. Morillo-Velarde Pérez (2009: 428).

⁵⁸ El art. 48.4 LORDFAS prevé unos plazos de caducidad de un año para los expedientes por falta grave o muy grave.

A este debilitamiento de los fundamentos que han justificado la utilización de los arrestos se une la supresión de esta sanción en el régimen disciplinario de un cuerpo tan militar como es la Guardia Civil. Una supresión que, pese a la accidentalidad de las causas que la motivaron, ha sembrado dudas sobre la necesidad de mantener los arrestos en el ámbito militar en la actualidad. La solución a esta trascendental cuestión parece depender de la respuesta que deba darse a una doble pregunta. En primer lugar, si realmente el arresto resulta hoy día un instrumento útil, como ha demostrado ser en el pasado, para el mantenimiento de la disciplina militar. Y en caso de que esta primera cuestión reciba una respuesta afirmativa, si pueden arbitrarse fórmulas para mantener en manos del mando castrense la potestad de arrestar sin recurrir al mantenimiento de la reserva formulada al art. 5.1 a) CEDH, para así dar cumplimiento a las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Respecto a la primera cuestión, tanto desde el ámbito académico⁵⁹ como desde el propiamente militar⁶⁰, se ha denostado la utilidad de los arrestos, sosteniendo que bastarían, dentro de una función pública profesional, las sanciones económicas o de afectación de las expectativas de carrera para alcanzar los objetivos que un régimen disciplinario debe perseguir. Semejante planteamiento pasa por alto las evidentes especialidades de la vida castrense respecto del resto de sectores de la función pública y esquiva la insuficiencia que muestran muchas veces las sanciones económicas para mantener una disciplina tan reforzada como la que exigen los cuerpos militares para su correcto funcionamiento⁶¹ y para reprimir

⁵⁹ J. I. Morillo-Velarde Pérez (2009: 427) señala «la excesiva presencia en el régimen de la Ley Orgánica 8/1998 de las medidas sancionadoras privativas, o al menos restrictivas de libertad como el arresto de uno a treinta días en su domicilio o unidad. Estas sanciones o la equivalente de privación de salida podían tener sentido con un personal obligado al servicio y si se me apura casi recién salido de la adolescencia, pero resultan cuanto menos chocantes o extrañas referidas a profesionales conscientes de su trabajo y posición».

⁶⁰ J. L. Pardos Aldea (2006), «El arresto en el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil», *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, 34, págs. 1-8 (pág. 7): «[E]s imprescindible suprimir el arresto disciplinario, pues esta sanción tiene difícil cabida en el ordenamiento jurídico nacional presidido por el principio de igualdad [...] parece deseable un régimen que, con las debidas garantías, permita separar definitivamente del servicio a quienes reiteradamente demuestran ser incapaces de ajustar su comportamiento a la ética propia del cuerpo al que pertenecen».

⁶¹ J. J. Herbón Costas (2010), «Los diferentes problemas de aplicación de la Ley Orgánica Disciplinaria de la Guardia Civil», *Cuadernos prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos*, 5, págs. 29- 56 (pág. 54), advierte sobre los problemas derivados de la supresión del arresto en la Guardia Civil: «El problema que plantea este recurso habitual a las sanciones de tipo económico, lógico en cierta medida puesto que las sanciones máximas como la pérdida de destino o la separación del servicio solamente pueden proponerse y aplicarse en supuestos de extraordinaria gravedad de la conducta antidisciplinaria, es la desvirtuación de la razón de ser del régimen disciplinario, que no es otra que la corrección de los

determinados tipos de infracciones que afectan a los deberes básicos del código deontológico militar⁶². Razones que hacen que siga siendo considerada por el Tribunal Constitucional la nota diferencial del régimen disciplinario militar⁶³.

Asentada la necesidad del arresto militar en el régimen disciplinario castrense, debe plantearse la viabilidad de otras fórmulas que permitan acomodarlo a las exigencias del CEDH sin tener que recurrir al mantenimiento *sine die* de la reserva española a la aplicación de su art. 5.1 *a*). Los arrestos por falta leve no parecen presentar problema, no solo por su caracterización por la LORDFAS como «restricción de libertad», sino, fundamentalmente, por sus condiciones de cumplimiento, que resultan del todo conformes con la doctrina desplegada en el caso *Engel* y confirman que se está en presencia de una restricción de libertad que pueda ser adoptada por una autoridad administrativa⁶⁴.

Distinta es la situación en lo que se refiere a los arrestos por falta grave y muy grave, que indudablemente suponen una privación de libertad, pues su

comportamientos desviados de la norma, reconduciendo a la ejemplaridad profesional a los guardias alejados de la misma. Porque ese pretendido avance en el respeto a los derechos fundamentales de los miembros de la Benemérita que parece haber sido la causa de la supresión del régimen disciplinario de las sanciones privativas de libertad, ha supuesto, en realidad, un retroceso de la afflictividad que toda sanción debe conllevar para empujar al sancionado a reconducir su proceder profesional, pues las asociaciones profesionales existentes en el cuerpo se han encargado de facilitar a sus asociados a un módico precio (como bien dice el refranero popular: «hecha la ley, hecha la trampa») seguros que protegen a los expedientados contra estas sanciones económicas, reintegrándoles los haberes dejados de percibir. Con lo que el único efecto directo contra el sancionado es el antecedente que se anota en su hoja de servicios, pues la parte de haberes diarios dejada de percibir es retribuida, tarde o temprano, por los seguros asociativos».

⁶² P. Pinto Sancristóbal (2015), «Una reflexión práctica sobre el arresto y la sanción económica», *Revista General de Marina*, 268, págs. 465-472 (pág. 469): «[H]ay faltas que por suponer la infracción de los deberes esenciales del militar han de ser corregidas mediante una sanción de arresto, mientras que para otras es más adecuada la imposición de una económica».

⁶³ STC 73/2010, de 18 de octubre, FJ 5º. «En definitiva, para que la previsión legal cuestionada de una sanción privativa de libertad pueda ampararse en el art. 25.3 CE, debe quedar acreditado que la sanción de arresto ha sido impuesta por la Administración militar, no solamente en sentido formal, sino en sentido material, es decir, siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desenvuelto estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado».

⁶⁴ Art. 15 LORDFAS: «El arresto de uno a catorce días consiste en la permanencia del sancionado, por el tiempo que dure el arresto, en su domicilio o en el lugar de la unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale en la resolución sancionadora. Esta restricción de libertad implica que el lugar del cumplimiento no puede ser una celda o similar. El sancionado participará en las actividades de la unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo».

cumplimiento se realiza en un establecimiento disciplinario militar en el que el sancionado queda apartado de la prestación de las actividades propias de su servicio⁶⁵. Resulta indudable que en el hipotético caso de que España retirara la reserva a la aplicación del CEDH, la imposición de dichos castigos solamente podría ser decidida por una autoridad judicial, lo que obligaría a una modificación de la normativa disciplinaria que encuentra serias reticencias en el ámbito castrense, en el que se considera inescindible e imprescindible para el correcto ejercicio del mando militar.

La posible solución a este dilema la aportó la STEDH caso *Engel* y ha sido seguida por algún sistema de derecho comparado, como el belga. La exigencia del art. 5.1 a) CEDH de que la decisión de privar de libertad a una persona fuera adoptada por una autoridad judicial no exige residenciar en exclusividad esta potestad en los órganos jurisdiccionales, sino que dicha garantía es también respetada cuando la ejecución de la decisión administrativa queda condicionada a la decisión de un órgano jurisdiccional:

Los señores Dona y Schul han sido, en efecto, privados de su libertad «en virtud de» una sentencia del Tribunal Superior Militar. El artículo 64 de la Ley de 1903 atribuía al recurso contra las decisiones del jefe de compañía (8 de octubre de 1971) y del oficial de recursos (19 de octubre de 1971) un efecto suspensivo que parece haber sido olvidado por la Comisión (apartado 85 y anexo IV 1 del informe), pero sobre el cual el Gobierno ha insistido justamente (apartado 21 del informe). En consecuencia, su envío a la unidad disciplinaria de Nieuwersluis no ha tenido lugar sino en virtud de las sentencias definitivas de 17 de noviembre de 1971 (apartados 28, 48 y 50 supra) (ap. 68).

Se abrió una vía a la coexistencia de una potestad administrativa tan exorbitante como resulta ser la amparada por el art. 25.3 CE con un sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales dotados de efectos suspensivos automáticos que, *ope legis*, dilate el efectivo cumplimiento de la sanción privativa de libertad hasta que un juez decida sobre la legalidad de la misma. Si a ello se une que la incorporación de las garantías del art. 24.2 CE en el ámbito castrense ha sido plena, quedaría expedita la vía para retirar la reserva a la aplicación de ambos artículos y acometer una reforma que acomode definitivamente nuestro derecho a las exigencias del CEDH, modificando el texto de los arts. 72 LORDFAS⁶⁶ y 513 de

⁶⁵ Art. 16.1 LORDFAS: «El arresto de quince a sesenta días consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga dicha sanción. El militar sancionado no participará en las actividades de la unidad durante el tiempo de este arresto».

⁶⁶ Cuyo texto actual es el siguiente: «El sancionado podrá solicitar la suspensión de las sanciones por falta grave y muy grave durante el tiempo de tramitación del recurso, cuando la ejecución puede causarles perjuicios de imposible o difícil reparación o el recurso se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en las normas

la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante, LOPM)⁶⁷ y derogando el art. 514 LOPM⁶⁸, que introduzca un efecto suspensivo automático a la interposición de los recursos administrativos (de alzada o de reposición) y del recurso contencioso-disciplinario militar, de manera tal que el arresto no se ejecute sin un pronunciamiento judicial expreso que así lo autorice.

A esta propuesta seguramente se opondrá, de contrario, la excesiva dilación que esta reforma introduciría en la celeridad de la respuesta sancionadora, siempre tan necesaria en cuestiones de disciplina. Este reproche olvida, sin embargo, que la tradicional celeridad de la justicia castrense desapareció hace ya más de treinta años con la reforma de la legislación penal y disciplinaria, como consecuencia de la introducción de las garantías del art. 24 CE en la tramitación de las causas penales y de los expedientes disciplinarios, que han dado lugar a una complejidad procedimental que ha demorado la respuesta sancionadora. Un retraso que queda suficientemente reflejado en el plazo de un año que el art. 48.4 LORDFAS otorga a la Administración militar para que depure las responsabilidades disciplinarias bajo la amenaza de la declaración de caducidad del procedimiento.

Parece, por tanto, que la única solución a la disyuntiva que se plantea actualmente de, o bien mantener de forma perpetua la reserva española al CEDH, o bien desapoderar al mando castrense de competencia sancionadora para privar de libertad a sus subordinados, pasaría por la regulación de un efecto suspensivo automático, *ope legis*, ligado a la interposición de los recursos administrativos y contencioso-disciplinarios militares contra la sanción de arresto⁶⁹. Se compagina-

reguladoras del procedimiento administrativo común. La autoridad competente para el conocimiento del recurso deberá resolver dicha petición en el plazo de cinco días, debiendo denegarse motivadamente si con ella se causa perjuicio a la disciplina militar. Transcurrido dicho plazo se entenderá desestimada la solicitud, sin perjuicio de la obligación de resolver expresamente».

⁶⁷ Art. 513 LOPM: «La interposición del recurso contencioso-disciplinario no impedirá a la administración sancionadora ejecutar el acto objeto del mismo, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del actor, la suspensión [...]».

⁶⁸ Art. 514 LOPM: «La suspensión sólo se podrá pedir, por medio de otrosí, en el escrito de interposición del recurso, aunque no esté ejecutándose la sanción en el momento de la interposición, advirtiéndose, en ese caso, por el actor, que se solicita para el caso de que con posterioridad comenzara la ejecución [...]».

⁶⁹ Una modificación legal que estaría amparada en la especialidad del procedimiento disciplinario militar respecto del procedimiento administrativo común, reconocida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, como resume, en lo referido al derecho de representación, la STS de 22 de junio de 2004, FD 1º: «Respecto a la posibilidad de aplicación de este precepto al ámbito disciplinario militar, hay que decir que, ciertamente, la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 8/1998, prevé, como acertadamente señalan los recurrentes, la aplicación subsidiaria de dicha Ley 30/1992 en todas las cuestiones de procedimiento y recurso “no previstas en la Ley”. Pero en relación a esta última cláusula debemos recordar que el artículo 53.1 de la invocada Ley disciplinaria

ría, de esta manera, el poder disciplinario que tradicionalmente ha caracterizado el mando militar con las garantías jurisdiccionales exigidas por el CEDH, pues la ejecución de la sanción impuesta por las autoridades militares en vía administrativa quedaría condicionada, en cuanto a su ejecución, a la obtención de una resolución jurisdiccional que la validara de acuerdo a lo exigido en los arts. 5 y 6 del CEDH, lo que permitiría a España retirar la reserva a estos artículos y cumplir con el espíritu que supone la adhesión al CEDH.

de las Fuerzas Armadas dispone, al referirse a la iniciación del Procedimiento disciplinario en faltas graves, que “el expedientado podrá contar en todas las actuaciones a que dé lugar este procedimiento sancionador con el asesoramiento del abogado o del militar que designe al efecto”, precepto sustancialmente coincidente con la prescripción contenida en el artículo 42 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Como esta última Ley, en su disposición Adicional primera, establece la supletoriedad de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, resulta claro, dada la identidad de los preceptos que acabamos de citar de una y otra Ley, que la aplicación del artículo 32.1 de la Ley 30/1992 solo podrá admitirse si entendemos que el régimen específico de la defensa de los intereses de los encartados en Expedientes disciplinarios y Gubernativos —pues el artículo 53 LRDGC y 64 de la LRDF asimilan a esos efectos unos y otros— no resulta completo en orden a la asistencia letrada, de tal manera que si la representación que se postula no ha sido prevista, la Ley, en ese punto, debe ser suplida por el invocado precepto de la que regula el Procedimiento Administrativo común, con arreglo a la supletoriedad dicha [...] La naturaleza de la responsabilidad que se depura no permite que el militar que ha de hacer frente a ella pueda desligarse, por así decirlo, de la exigencia disciplinaria de afrontar personalmente la instrucción del Expediente, que excluye su intervención mediante representante. Las peculiaridades a que acabamos de aludir, concretadas en la jerarquización y la disciplina, que son las singularidades castrenses más cercanas a ese ámbito en que se desenvuelve, procedimental y sustancialmente, el Expediente de naturaleza disciplinaria o gubernativa, y que han sido reconocidas por el propio Tribunal Constitucional (Ss. TC 180/1985, 197/1985, 107/1986 y 35/1991), imponen, en general, la presencia física del encartado ante el Mando que depura esas responsabilidades y excluye esa representación que se pretende, de tal forma que los preceptos citados arbitran la manera de que, sin mengua de esa exigencia disciplinaria, queden salvaguardados los derechos de defensa de la parte mediante ese asesoramiento letrado que contemplan ambas disposiciones».

La STC 180/1985, de 19 de diciembre (FJ 2º), justificó las especialidades de la normativa militar en que «la jurisdicción militar (art. 117.5 de la Constitución) no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que, si dispuestas en el respeto a las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultarán contradictorias con su artículo 14 cuando respondan a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho Penal y Procesal Militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (FJ 4.º), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución».