

**TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**

**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**

AMELIA DÍAZ PÉREZ DE MADRID*

INTRODUCCIÓN.

- I. LOS ELEMENTOS DEL PROBLEMA: LA BASE JURÍDICA DE LA SANCIÓN DE ARRESTO DOMICILIARIO Y LA OMISIÓN DE LAS MODALIDADES DE SU CUMPLIMIENTO.
- II. LA INSERCIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.
- III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL.
 1. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA.. EL JUEGO DE LA RESERVA ESPAÑOLA AL ARTÍCULO 5 CEDH Y SU INAPLICABILIDAD AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL.
 2. EL EXAMEN DEL FONDO (I). LA INCOMPATIBILIDAD DE LA SANCIÓN DE ARRESTO DOMICILIARIO CON EL ARTÍCULO 5.1 DEL CONVENIO.
 3. EL EXAMEN DEL FONDO (II). LA IMPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO.
 4. LA CUESTIÓN DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA.
- IV. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA.

INTRODUCCIÓN

Un comentario de la sentencia *Dacosta Silva*¹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) resulta particularmente pertinente, porque el

* Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada.

¹ El texto de la sentencia se encuentra disponible en la base de datos de la jurisprudencia del Tribunal (HUDOC, accesible en Internet en www.echr.coe.int). Una versión en

asunto que subyace a esta condena del Estado español ejemplifica una de las disfunciones, si no la principal, de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil², vigente hasta el 23 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor del nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil, regulado por la Ley orgánica 12/2007, de 22 de octubre³.

En efecto, uno de los ejes de la reflexión sobre la necesidad de reforma de dicho régimen disciplinario consistió precisamente en la sanción de *arresto domiciliario*, prevista en el artículo 10 de la LO 11/1991. Esta sanción resultaba controvertida no sólo por su dudosa compatibilidad con el derecho fundamental a la libertad —norma constitucional y obligación dimanante del Convenio europeo de derechos humanos—, sino por su adecuación misma a la realidad funcional y social del propio Cuerpo⁴. En palabras de la Exposición de motivos de la LO 12/2007, «[su] aplicación, en circunstancias ordinarias, resulta[ba] desfasada, difícilmente justificable y excesivamente gravosa para los miembros de la Guardia Civil»⁵. Y ello a pesar de que sobre su supresión, entre otros motivos, recayera una bue-

castellano puede encontrarse en la Base de datos Aranzadi (www.nuevo.westlaw.es, TEDH Sección 5ª, caso *Dacosta Silva C. España*, sentencia de 2 de noviembre de 2006, *TEDH 2006/63*). Sobre esta sentencia, MANERO SALVADOR, A. «El alcance restrictivo de las reservas al CEDH. Comentario de la Sentencia *Dacosta Silva c. España* del TEDH», *REDI*, Sección de información y documentación, vol. LIX, núm. 1, 2007, pp. 386-389.

² A la que, en el texto, nos referiremos indistintamente como GC o el Cuerpo.

³ *BOE* núm. 254, de 23 octubre 2007, p. 42922.

⁴ Véanse, en este sentido: DE ARANDA Y ANTÓN, G., «Consideraciones en torno a la posible inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias limitativas de libertad previstas en la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil», *Revista General de Derecho*, núm. 568, enero-febrero 1992, pp. 371-379; FORASTER I SERRA, M., «Breves observaciones al nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil», *Revista General de Derecho*, núm. 568, enero-febrero 1992, pp. 381-386; o PARDOS ALDEA, J., «El arresto en el régimen disciplinario de la Guardia Civil», *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n.º 34, 2006, pp. 1-8.

⁵ La propia Exposición de motivos, Parte II, de la LO 12/2007 afirma: «Sin duda alguna, las novedades más importantes introducidas se enmarcan en el objetivo que impregna toda la Ley de encontrar un equilibrio correcto entre los instrumentos que el Cuerpo de la Guardia Civil precisa para el mantenimiento de un modelo disciplinario eficiente y actual, con la supresión de determinadas figuras jurídicas cuya aplicación, en circunstancias ordinarias, resultan desfasadas, difícilmente justificables y excesivamente gravosas para los miembros de la Guardia Civil. *Ese es el motivo, en primer lugar, de la supresión de la figura del arresto del cuadro de sanciones disciplinarias (...)*» (cursiva añadida).

na parte del peso de la crítica que lanzaba la oposición al Gobierno, al que acusaba de «desmilitarizar» de forma encubierta a la GC⁶.

No obstante, la modernización del régimen disciplinario de la GC no ha modificado su naturaleza militar⁷ y, de hecho, mantiene la aplicación excepcional del Código Penal Militar en los supuestos establecidos por la Disposición adicional cuarta⁸. Únicamente esa aplicación excepcional implicaría una eventual reaparición del arresto domiciliario, figura sancionadora típica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (FF.AA.). Pero en la actual configuración de la LO 12/2007, dicha sanción queda limitada a los supuestos en que la GC lleve a cabo misiones de naturaleza militar o cuando el personal del Cuerpo se integre en Unidades Militares —generalmente desplazadas en el extranjero—; situaciones, por tanto, en las que es preciso dar un tratamiento unitario a las consecuencias de los ilícitos disciplinarios⁹.

Así pues, hechos semejantes a los que encontramos en el origen del caso Dacosta Silva —un guardia civil que, estando de baja de servicio por

⁶ Diario *El País*, de 11 de mayo de 2007.

⁷ Exposición de motivos, Parte I, *in fine*: «[La] nueva Ley Disciplinaria para la Guardia Civil, [...] encuentra acomodo en el proceso de modernización en el que desde hace tiempo está embarcado el conjunto de la Administración Pública española, diseña una reforma que parte de planteamientos realistas y sólidos, sustituyendo aquello que ha quedado obsoleto, y actualizando lo que se encuentre desfasado en el contexto de una sociedad como la española en permanente evolución. Todo ello sin perder de vista que el objetivo y la propia justificación del régimen disciplinario de una organización armada y jerarquizada como es la Guardia Civil, *caracterizada por su naturaleza militar* y que dedica la mayor parte de su actividad al mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana, sigue siendo la preservación de los valores esenciales del servicio a los ciudadanos, la garantía de la convivencia democrática y la defensa de la legalidad» (cursiva añadida).

⁸ Con el título «Modificación del Código Penal Militar», esta disposición establece: «La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar, queda modificada en los siguientes términos: / Se añade un nuevo artículo 7 bis, con el siguiente texto: «Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares.»

⁹ Exposición de motivos, Parte II, párrafo tercero.

enfermedad, y tras haber avisado al puesto de guardia, se desplaza de Gijón a Tuy, donde residen sus padres, para visitar a un familiar gravemente enfermo—, por más que se trate de «conductas anómalas», no volverán a ser sancionados con una medida de privación de libertad, sino en todo caso con medidas que «limiten el disfrute de derechos profesionales, como consecuencia del incumplimiento de deberes también profesionales»¹⁰.

I. LOS ELEMENTOS DEL PROBLEMA: LA BASE JURÍDICA DE LA SANCIÓN DE ARRESTO DOMICILIARIO Y LA OMISIÓN DE LAS MODALIDADES DE SU CUMPLIMIENTO

En este caso, uno de los elementos del problema es de naturaleza legislativa. Es decir, estando vigente la LO 11/1991, los sucesivos órganos jurisdiccionales internos que se ocuparán del asunto se limitan a interpretar los hechos a la luz de una disposición legal que sanciona como *falta leve* el hecho de ausentarse del cuartel sin autorización previa¹¹ y que lle-

¹⁰ PARDOS ALDEA, *loc.cit.*, p. 8.

¹¹ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 11, 02.11.2006. La tipificación de las faltas leves era objeto del art. 7 de la Ley orgánica 11/1991. Al no estar expresamente recogida la ausencia sin autorización, era de aplicación el párrafo 27 de dicho artículo: «Las demás que, no estando incluidas en los tipos anteriores, constituyan una leve infracción a los deberes que imponen las disposiciones que rigen la actuación de la Guardia Civil.» Jurisprudencia y doctrina ya habían señalado las deficiencias de esta disposición, redactada con «la criticable técnica de la norma en blanco», según la STS (Sala de lo militar) de 6 de mayo de 1991, *Aranzadi* RJ 1991\5172 (si bien esta sentencia se refiere al art. 8.33 de la Ley de régimen disciplinario de las fuerzas armadas de 1985, redactado en semejantes términos a los de la disposición comentada) MILLÁN GARRIDO, A., *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Ed. Trotta, Madrid, 1992, en p. 66. En efecto, aunque «ello no separ[e] al sistema español de otros análogos, como el francés, que también contiene listas enumerativas de las infracciones disciplinarias [...], con fórmulas genéricas en las que se refieren a las acciones que puedan alterar el buen orden, la disciplina o el ejercicio abusivo de derechos dentro de las Fuerzas armadas» (*Régimen disciplinario de la Guardia Civil. Ley orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen disciplinario de la Guardia Civil, con comentarios, notas, concordancias, jurisprudencia, formularios y disposiciones complementarias*, Academia Editorial Lamruja, Madrid, 1991, en p. 39), la disposición en cuestión no deja de ser un «cajón de sastre», que «choca con la concreción que exige el principio constitucional de tipicidad, ya que los preceptos legales o reglamentarios que tipifican las infracciones, deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, para no crear inseguridad jurídica». TÁBARA CARBAJO, Z., *Ley disciplinaria de la Guardia Civil*, 2ª ed., Gráficas Nueva Alcarria, Guadalajara, 1994, en p. 57. Merece la pena destacar que la LO 12/2007 ha reformulado

va aparejada, como consecuencia, la apertura de un expediente al demandante mediante el que se le impone una sanción disciplinaria de seis días de arresto domiciliario¹².

Por consiguiente, la existencia de una base jurídica clara para la sanción hace que sean rechazados el recurso de *habeas corpus* (el 23 de marzo) y los dos recursos administrativos ante la Comandancia de Gijón (respectivamente el 11 de mayo y el 15 de junio de 1998)¹³.

No obstante, con ocasión de la interposición del primer recurso jurisdiccional¹⁴, se plantea el segundo elemento problemático que concurre en la sanción del demandante: la decisión de arresto *no indicaba el modo de ejecución*, en particular, la autoridad que impuso la sanción omitió la referencia a «sin perjuicio del servicio»¹⁵.

De modo que dos son las claves del caso Dacosta: una, de naturaleza legislativa, la existencia misma de la sanción y la cuestión de su compatibilidad con las disposiciones constitucionales y las obligaciones convencionales en materia del derecho a la libertad; y la otra, de naturaleza procedimental: el hecho de que Dacosta estuviera de baja por enfermedad explica que la autoridad que le impuso el arresto no hiciera referencia a «sin perjuicio del servicio» y con ello, impidió de hecho que Dacosta pudiera salir de su domicilio durante la vigencia de la sanción. Esta omisión —crucial para considerar su arresto como privación de libertad— debía haber sido detectada por los órganos jurisdiccionales nacionales a los que el demandante recurrió, pero éstos no le prestaron la debida atención¹⁶.

considerablemente la disposición que se refiere a las faltas leves, el art. 9, con una enumeración cerrada de 21 apartados, entre los que ya no figura norma en blanco alguna.

¹² *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 12, 02.11.2006. Las sanciones estaban previstas en el art. 10 de la Ley orgánica 11/1991 y podían consistir en represión, pérdida de uno a cuatro días de haberes y arresto de uno a treinta días en domicilio.

¹³ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, §§ 13 y 14, 02.11.2006.

¹⁴ Recurso contencioso-militar planteado ante Tribunal militar territorial de La Coruña. *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 15, 02.11.2006.

¹⁵ Sobre esta base, el demandante había alegado violación de los Arts. 17 (privación de libertad) y 24 (vulneración del derecho a un proceso justo) de la CE. A pesar de que tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado compartían su parecer, el recurso fue rechazado (el 27 de julio de 1999). *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, §§ 16-18, 02.11.2006.

¹⁶ En efecto, la sentencia del TS basa erróneamente en una *circunstancia de hecho* (que el demandante estuviera de baja por enfermedad) la conclusión de que, *a pesar de no ser ajustada a derecho*, la imposición del arresto no fuera irregular: «En este caso, la Autoridad Disciplinaria impuso el arresto que al efecto prefijaba la ley, sin hacer referencia

Por tanto, al acto de legislativo se le sumó un acto del poder judicial, ambos real o potencialmente lesivos de los derechos fundamentales. Del primero era consciente el Estado español cuando formuló inicialmente, y revisó en sucesivas ocasiones, su reserva a los artículos 5 y 6 del CEDH¹⁷.

a que lo fuera «con o sin perjuicio para el servicio». Es decir, se limitó a sancionar con arreglo a la ley, aunque no expresó —*ni era preciso*— la forma de su ejecución, sin imponer ninguna limitación a los efectos que se derivan de este tipo de arresto. *Porque el hecho de que el sancionado no pudiera participar en actividades de su unidad no era atribuible al mando sancionador, que no lo prohibía, sino a una especial situación del interesado que no podía prestar servicio por hallarse en situación de baja.* Es más, dada esta situación de baja, el mando disciplinario no podría determinar que se asignase servicio.» Fundamento segundo, párrafo penúltimo, STS (Sala de lo Militar), de 30 mayo 2000, *Aranzadi RJ2000\5273* (se añade la cursiva).

¹⁷ El texto de la última modificación de la reserva apareció publicado en el *BOE* en los siguientes términos: «Al momento de depositar el instrumento de Ratificación del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el 4 de octubre de 1979, el Reino de España formuló una reserva a los artículos 5 y 6 en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones del Código de Justicia Militar —Capítulo XV del Título II y Capítulo XXIV del Título III— sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Con fecha 28 de mayo de 1986, el Representante Permanente de España informó, mediante comunicación a las Partes del Convenio, que aquellas disposiciones habían sido reemplazadas por la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre —Capítulo II del Título III y Capítulos II, III y IV del Título IV— del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entraría en vigor el 1 de junio de 1986. La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, ha sido sustituida por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999. Esta Ley Orgánica 8/1998 deroga la Ley 12/1985, reduce el límite máximo de la sanción de arresto por falta grave que puede ser impuesta sin intervención judicial y en materia de procedimiento avanza en el reconocimiento de las garantías y derechos personales. El Reino de España mantiene su reserva, que quedará redactada en los siguientes términos: «España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre —Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV—, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999.» La presente modificación de la reserva española fue registrada por el Secretariado General del Consejo de Europa el 23 de mayo de 2007.» *BOE* núm. 267, 7 noviembre 2007, p. 45644.

Pardos Aldea señala la dificultad de justificar los arrestos impuestos entre la fecha de entrada en vigor de la LO 12/1985 (el 1 de junio de 1986) y la *publicación en el BOE* de la primera revisión de la reserva, que no ocurrió hasta el 30 de septiembre de ese año. PARDOS ALDEA, *loc.cit.*, p. 4. ¿Qué decir, entonces, del lapso de tiempo transcurrido entre el 3 de febrero de 1999 (fecha de la entrada en vigor de la LO 8/1998) y el 7 de noviembre de 2007 (fecha de la publicación oficial de la puesta al día de la reserva)?

II. LA INSERCIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La existencia de una disposición constitucional, el artículo 25.3, que excluye expresamente que una medida tan grave como una privación de libertad pueda tener lugar en el ámbito de la Administración civil¹⁸, deja a salvo la posibilidad de que pueda ser impuesta en el ámbito de la Administración militar. Al amparo de esa base constitucional, se mantiene como sanción en el ámbito del régimen disciplinario de las FF.AA.

No obstante, a pesar de su evidente *legalidad*, la naturaleza del arresto domiciliario ha sido objeto de controversia: sus partidarios la consideran una mera «restricción» de libertad¹⁹, frente a sus detractores, para quienes se trata de una auténtica «privación» de libertad²⁰.

Los partidarios de la consideración del arresto domiciliario como mera «restricción» de libertad se apoyan en la jurisprudencia del TEDH sentada con ocasión del asunto *Engel*²¹. En ella, el TEDH no sólo subrayó las especificidades inherentes a la condición militar²²; también destacó los cri-

¹⁸ Art. 25.3 CE: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.» Como señala MILLÁN GARRIDO, se trata de una sanción conforme con el principio de legalidad. MILLÁN GARRIDO, *op. cit.*, pp. 92-93. Aun así, no es el arresto domiciliario la medida más severa que conoce la legislación española: es superada por la medida de «aislamiento en celda», por un plazo no superior a 14 días, prevista en el marco del régimen disciplinario penitenciario «Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979, Capítulo IV, arts. 42 y 43. Régimen disciplinario de la Guardia Civil, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹ Esa es la posición que se adopta en el comentario al art. 13.1 de la Ley orgánica 11/1991 el Régimen disciplinario de la Guardia Civil, *op. cit.*, pp. 61-62.

²⁰ En esta línea, muy crítica, TÁBARA CARBAJO, *op. cit.*, pp. 92-94.

²¹ *Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n.º 22. El asunto *Engel y otros* confrontó al TEDH con la cuestión de si el régimen disciplinario de las FF.AA. era compatible con el CEDH. En el origen de este asunto se encuentran varias sanciones disciplinarias de distinta gravedad impuestas a militares holandeses, quienes discuten su compatibilidad con el CEDH, en particular, por lo que al arresto disciplinario se refiere, el art. 5.

²² La sentencia parte de la base de que el Convenio se aplica por igual a civiles y militares (*Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n.º 22, § 54) en función del juego combinado de los artículos 1 (ámbito subjetivo de aplicación) y 14 (principio de no discriminación), al que se suma el art. 4.3.b) —que excluye que el servicio militar obligatorio pueda ser considerado como «trabajo forzado u obligatorio»— y el art. 11.2 —que no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio del derecho de reunión y asociación para los miembros de las fuerzas armadas. Así, sujeta plenamente al

terios que permiten identificar una privación de libertad: deben constituir restricciones que se aparten netamente de las condiciones normales de la vida en el seno de las FF.AA. y, para determinarlo, habrá que analizar: la naturaleza de la medida, su duración, sus efectos y sus modalidades de ejecución²³.

Si se traducen estos criterios al arresto domiciliario en el régimen disciplinario de la GC, la medida se caracteriza por su duración (nunca superior a 30 días), el lugar en el que se cumple (el propio domicilio y no un establecimiento disciplinario)²⁴ y la *necesaria* participación del sancionado en las actividades de su unidad. Las dudas sobre este último extremo explican que, en un momento dado, la jurisprudencia nacional hubiera de zanjar definitivamente la cuestión de si la autoridad que imponía el arresto tenía o no la *facultad discrecional* de permitir la participación en las tareas de la unidad; de hecho, no la tiene²⁵.

III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

1. LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA. EL JUEGO DE LA RESERVA ESPAÑOLA AL ARTÍCULO 5 CEDH Y SU INAPLICABILIDAD AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA GUARDIA CIVIL

La existencia de la reserva española²⁶ obliga al TEDH a examinar en primer lugar si ésta es de aplicación al caso concreto, pues en caso afir-

imperio del Convenio, no obstante la existencia de las FF.AA. y la condición misma de militar están sujetas a ciertas especialidades. Precisamente, señala el Tribunal, «al interpretar y aplicar las normas del Convenio al caso concreto, debe mostrarse *especialmente atento a las particularidades de la condición militar y a las consecuencias de éstas sobre la situación de los miembros de las FF.AA.*» (*Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n.º 22, § 54 *in fine* —cursiva añadida).

²³ *Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n.º 22, § 59.

²⁴ *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, *op. cit.*, p. 61.

²⁵ Así, la STS (Sala 5ª de lo militar), de 17 de enero de 1991 (*Aranzadi RJ 1993\7063*) concluyó que no existía tal discrecionalidad, ya que «el sancionado está facultado y obligado a continuar participando [en las actividades propias de su cargo o empleo], de modo que el arresto sólo afecta al tiempo que esté libre de servicio.» (Fundamento jurídico quinto). Comentario de TÁBARA CARBAJO, *op. cit.*, p. 94.

²⁶ Ya se había sentado la jurisprudencia *Engel* cuando el Estado español firmó el CEDH en 1977. Por tanto, cabe suponer que los negociadores españoles estaban al corriente de las consecuencias que podía llegar a tener el mantenimiento de la sanción de arresto en el régimen disciplinario de las FF.AA. No sólo ello se había planteado en rela-

mativo, tendría por efecto sustraer el asunto de su competencia. Nótese que, al hacerlo, el Tribunal está ejercitando *la competencia de la competencia*²⁷: interpreta la reserva para determinar su alcance, porque éste deli-

ción con los Países Bajos: Francia y Portugal habían formulado reservas a los arts. 5 y 6 del Convenio que podían servir de inspiración. Véase el apartado «C. La práctica de los Estados» en SCHABAS, W.A., «Article 64», en: *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de PETTITI, L.-E., DECAUX, E., IMBERT, P.-H., Economica, Paris, 1995, pp. 923-942, en p. 927.

²⁷ En efecto, la práctica consolidada por los órganos del Convenio —primero la Comisión, luego el Tribunal— permite a éste extender su competencia al examen de la admisibilidad y validez de las reservas, entendiendo que se trata de una facultad indispensable para poder realizar efectivamente su función de control. BRUNO SIMMA condensa en pocas palabras esta práctica: «Mientras que a la altura de principios de los ochenta, los órganos de Estrasburgo habían adoptado una actitud muy cauta sobre el tema de las reservas, incluso si el Convenio europeo contiene una disposición específica en esta materia (art. 64), la Comisión cambió a un posicionamiento más asertivo en 1982, en el asunto *Temeltasch*, en el que estableció que una ‘declaración’ realizada por Suiza era de hecho propiamente una reserva, que fue contrastada con el art. 64 y declarada válida. Seis años más tarde, el TEDH se enfrentó al mismo escenario en el asunto *Belilos*, en el que [...] no sólo se arrogó la competencia para determinar la admisibilidad de una ‘declaración’, de nuevo considerada verdadera reserva, sino que esta vez decidió negativamente [sobre su validez] y, de acuerdo con la parte más destacable de la sentencia, estableció que el Estado reservante —Suiza de nuevo— se encontraba plenamente obligado por la disposición reservada. Con ello, los órganos de Estrasburgo adoptaban la ‘doctrina de la separabilidad’». SIMMA, B., «Reservations to Human Rights Treaties», *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, GERHARD HAFNER *et al.* (eds.), Kluwer Law International, The Hague/ Boston / London, 1998, pp. 659-686, en p. 670. La llamada «doctrina de la separabilidad» permite que la reserva considerada incompatible con el tratado —en este caso, el Convenio europeo— sea separada del resto del texto, de manera que el Estado reservante se considera plenamente vinculado por los efectos de la disposición que originalmente había sido objeto de la reserva. La fuente por antonomasia en materia de reservas a los tratados sobre derechos humanos es «Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités» par M. ALAIN PELLET, Rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol. II (1) Doc. A/CN.4/477 et Add.1, pp. 54-55, §§ 56-60, y p. 70 y ss. § 164 y ss. Sobre la sentencia *Belilos*, véase en particular: COHEN-JONATHAN, G., «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (À propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)», *RGDIP*, tome XCIII, n.º 2, 1989, pp. 273-314. Sin ánimo de exhaustividad, sobre la validez de las reservas al CEDH, puede verse también: GARCÍA JIMÉNEZ, M.ª E., *El convenio europeo de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanc – Universidad de Valencia, Valencia, 1998, en p. 160 y ss.; o SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Algunas consideraciones sobre la validez de las reservas al Convenio europeo de derechos humanos», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 20, 1994, pp. 207-230.

mita los contornos de lo consentido por el Estado respecto a las obligaciones de fondo y la obligación de control.

El Gobierno sostiene la posición de que la reserva española está vigente y se aplica al régimen disciplinario de la GC a pesar de que la norma que lo regula, la LO 11/1991, sea posterior a la mencionada en la reserva, la LO 12/1985. De hecho, utiliza la *naturaleza militar* de la GC como base para defender que la norma reguladora de su régimen disciplinario no sea sino una mera concreción del aplicable a las FF.AA.²⁸

El demandante intenta desmontar lo que parece el argumento principal del Gobierno: presentar la LO 11/1991 como un elemento dentro de un sistema «bien circunscrito y coherente» de disposiciones que se refieren al régimen disciplinario militar, aplicable con carácter general a las FF.AA. y con carácter específico a la GC²⁹. Esa tesis explicaría, además, por qué

²⁸ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 28, 02.11.2006. En opinión del Gobierno español, «la Ley orgánica 11/1991 constituye una simple especificación del régimen disciplinario de las fuerzas armadas, en la medida en que adapta este régimen a las particularidades de la Guardia Civil, ‘institución armada de naturaleza militar’, sin sustraer a éste las competencias del Ministerio de Defensa o del tribunal militar. El Gobierno asimila, por tanto, el régimen disciplinario de la Guardia Civil al de los militares y considera que el cambio legislativo, es decir, la especificación por vía legal del régimen disciplinario en cuestión, no modificaría el contenido material de la reserva formulada por España en 1979 y actualizada en 1986. Sin embargo, no excluye la posibilidad de una eventual actualización de la reserva.»

²⁹ Tal argumento encuentra su base jurisprudencial en la sentencia *Chorherr*, en la que el TEDH admitió la validez de la reserva austriaca al art. 5, al considerar que ésta «abarca un número limitado de leyes que, reunidas, constituyen un *sistema bien circunscrito y coherente* de disposiciones administrativas de fondo y de procedimiento, [...] que] crean un régimen de represión de infracciones, definitorio, al mismo tiempo, de los actos punibles, las penas aparejadas y el procedimiento a seguir.» *Chorherr c. Autriche*, arrêt du 25 août 1993, série A n.º 266-B, § 18 (cursiva añadida). La jurisprudencia *Chorherr* (y no a la sentencia *Weber*, que es la que cita *Dacosta Silva*) es la que permite entender que el demandante insista «en que están expresamente prohibidas, contrariamente a lo que pretende la parte contraria, las reservas generales respecto a normas presentes o futuras que regulan el régimen disciplinario de ciertos colectivos». *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 29, 02.11.2006. La referencia en este punto a la sentencia *Weber* debe ser fruto de un despiste, porque, aunque trate también de las condiciones de validez de las reservas, se refiere en particular a la de contener una breve exposición de la ley afectada por la reserva. En este caso contra Suiza, reiterando la jurisprudencia *Belilos*, el Tribunal encuentra que «[La reserva] incumple manifiestamente una [de las condiciones impuestas por el art. 64 del Convenio], el gobierno suizo no acompañó «una breve exposición de la ley» —o de las leyes— «de que se trate». Ahora bien, la exigencia del párrafo 2 del art. 64 «constituye a la vez un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica»; «tiene a ofrecer, en

el Gobierno no ha mostrado ninguna intención de extender el alcance de la reserva al régimen disciplinario de la GC.

El Tribunal tiene claro que en este caso no estamos en presencia de un sistema de disposiciones normativas³⁰, de ahí que sea «difícilmente sostenible» que la reserva española se extienda a la LO 11/1991³¹. En apoyo de esta conclusión, se esgrimen dos argumentos que tienen que ver con las condiciones que, según el artículo 64 CEDH (ahora 57, tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 11), han de cumplir las reservas: deben referirse a leyes en vigor en el momento de ser formuladas³² y deben contener

particular a las Partes contratantes y a los órganos de la Convención, la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones explícitamente apartadas por el Estado concernido» (sentencia *Belilos*, série A n.º 132, pp. 27-28, § 59). Su omisión no viola «una simple exigencia de forma», sino «una condición de fondo» (Ibidem)». *Weber c. Suisse*, arrêt du 22 mai 1990, série A n.º 177, § 38.

³⁰ El TEDH se apoya en la jurisprudencia sentada por la STC núm. 194/1989 de 6 noviembre (*Aranzadi*, RTC\1989\194), que afirma: «Reiteramos una vez más que la normativa disciplinaria aplicable ahora a la Guardia Civil es la propia de las Fuerzas Armadas. Pero repetimos que esto es así «mientras no se prevea otra propia o singularidades específicas» (ATC 1.265/1988), y añadimos que *esta previsión legislativa contenida en el art. 15.1 de la Ley Orgánica 2/1986 y antes en el art. 38.2 de la L. O. 6/1980, no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen disciplinario militar*. El legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho Instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión.» Fundamento jurídico cuarto, párrafo penúltimo (cursiva añadida). Sobre esta base, constata que «la Ley orgánica 12/1985 sobre el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, cuya aplicación a la Guardia Civil debía ser provisional, fue remplazada por dos Leyes orgánicas, una sobre el régimen disciplinario de la Guardia Civil, la Ley orgánica 11/1991, de 17 de junio, y la otra relativa al régimen disciplinario de las fuerzas armadas, la Ley orgánica 8/1998, de 2 de diciembre. Sin embargo la reserva, que en consecuencia hacía referencia al régimen disciplinario cuya aplicación a la Guardia Civil sólo era provisional, no fue actualizada a la luz de la Ley orgánica 11/1991.» *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 33, 02.11.2006 (cursiva añadida).

³¹ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 36, 02.11.2006.

³² Aspecto tratado en la sentencia *Stallinger et Kuso*, que presenta muchas similitudes con este caso, puesto que el Tribunal rechazó la pretensión de Austria de que su reserva alcanzase a una ley, que a pesar de tener relación con las disposiciones reservadas, había sido promulgada con posterioridad. *Stallinger et Kuso c. Autriche*, n.ºs 14696/89 - 14697/89, § 48, CEDH 1997-II. Debe entenderse, entonces, que la tesis de que la reserva puede referirse a un «sistema bien circunscrito y coherente de disposiciones» (jurisprudencia *Chorherr*) tiene un límite: la reserva no se aplicará a cualquier elemento normativo que, dentro de ese sistema, cobre vigencia en un momento posterior a su formulación.

una breve exposición de la ley de que se trate³³. Ninguna de esas condiciones es cumplida en relación con la LO 11/1991.

Esta conclusión zanja la cuestión y evita al TEDH tener que entrar en más honduras, es decir, realizar un ejercicio más exhaustivo de «la competencia de la competencia»³⁴. En efecto, cabe argumentar que la situación de «ampliación sucesiva e inacabable de la reserva»³⁵ pudiera no ser necesariamente compatible con el Convenio³⁶.

³³ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 37, 02.11.2006; extremo éste en el que sí resulta pertinente el apoyo de la jurisprudencia *Weber* (ya comentada en nota 29), que reitera la jurisprudencia *Belilos. Belilos c. Suisse*, arrêt du 29 avril 1988, série A n.º 132, § 59.

³⁴ «Esta conclusión [...], la inaplicación de la reserva en este caso, dispensa al Tribunal de examinar la validez de la reserva a la luz de las otras condiciones fijadas en los apartados 1 y 2 del artículo 57 del Convenio.» *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 38, 02.11.2006. A mi juicio, esta frase puede interpretarse de la siguiente manera: el hecho de que no haya habido ocasión de discutir las sucesivas modificaciones de la reserva española hasta momento no significa que ésta no pudiera ser contestada por el TEDH. Nótese, como señalan CAMERON y HORN, que «Las obligaciones asumidas por las partes contratantes en el marco del Convenio no son estáticas, sino que, como salvaguardias constitucionales de los derechos humanos, son capaces de evolucionar en línea con los cambios morales, sociales y políticos en el Estado y en el Consejo de Europa en su conjunto.» CAMERON, I., HORN, F., «Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case», *GYBIL*, vol. 33, 1990, pp. 69-129, en p. 78.

³⁵ «[Que] supondría privar indefinidamente, a quienes integran el estamento militar, del reconocimiento del derecho a la libertad de que gozan los demás ciudadanos», PARDOS ALDEA, *loc.cit.*, p. 4.

³⁶ De hecho, «La intención de los redactores de la Convención fue permitir las reservas [referidas] únicamente a las leyes en vigor en el momento de la ratificación». SCHABAS, *loc.cit.*, p. 934. Esta cuestión se planteó, por ejemplo, en la sentencia *Campbell y Cosans* (en relación con la reserva británica relativa a la regulación interna en materia de castigos corporales), en la que el Tribunal estableció que «El artículo 64 de la Convención autoriza a un Estado a formular una reserva relativa a una disposición particular sólo si se encuentra en vigor *en ese momento*, en su territorio, una ley no conforme con dicha disposición particular» (cursiva añadida). *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 février 1982, série A n.º 48, § 37, b). Es más, «la facultad de formular reservas introduce un elemento de diferenciación en las obligaciones asumidas» que, «si por definición [...] se justifica en el momento inicial de la adhesión de un Estado a dicho instrumento, al cabo de un cierto tiempo debería perder su valor, puesto que conlleva el riesgo de conducir a los Estados que se hayan prevalido [de dicha facultad] a adoptar una actitud de pasividad, en lugar de trabajar para que las situaciones que han motivado las reservas cesen de existir». DE SALVIA, M., *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, Éd. N.P. Engel, Kehl – Strasbourg – Arlington, 2002, pp. 740-745, en p. 740. Y continúa:

2. EL EXAMEN DEL FONDO (I). LA INCOMPATIBILIDAD DE LA SANCIÓN DE ARRESTO DOMICILIARIO CON EL ARTÍCULO 5.1 DEL CONVENIO

Afirmada, pues, la competencia del Tribunal (al caso concreto no le alcanzan los efectos de la reserva española) y constatado que la demanda no está manifiestamente mal fundada ni afectada por otros motivos de no admisibilidad³⁷, se declara admisible y se inicia el examen del fondo.

Ambas partes de acuerdo en que el arresto de Dacosta constituyó una privación de libertad, difieren no obstante en su compatibilidad con el artículo 5.1 del Convenio. Para el Gobierno español³⁸, el supuesto de hecho no cae dentro del ámbito del artículo 5 CEDH —incluso si la reserva no resulta aplicable—, porque tiene en su origen una *decisión voluntaria de aquellos que abrazan la carrera militar y, en consecuencia, su disciplina*; decisión que, en todo momento, es revocable³⁹.

Para el demandante, la sanción constituye una *situación no prevista por el artículo 5.1 del Convenio*, pues no fue decidida por un Tribunal no competente en el marco del proceso previsto por la Constitución española para las privaciones de libertad⁴⁰.

«Además, esta facultad coloca a los Estados que se han adherido tardíamente en una situación de privilegio en relación con los Estados ligados desde hace más tiempo por el Convenio, ya que, de esa suerte, los primeros pueden adaptar el contenido de las reservas que tienen la intención de formular a la evolución de la jurisprudencia europea». *Ibidem*.

³⁷ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 39, 02.11.2006.

³⁸ El Gobierno parece haber abandonado definitivamente el argumento de que el arresto domiciliario sea una mera *restricción* de libertad, toda vez que la sentencia, cuando se refiere a «El derecho interno e internacional pertinente», reproduce la jurisprudencia sentada por el TC español en 1999 (en reacción a la posición adoptada por el TS) en el sentido de considerar el arresto domiciliario como «verdadera privación de libertad y no simple restricción de aquella». STC (Sala 2ª) núm. 14/1999 de 22 de febrero, *Aranzadi*, RTC\1999\14; fundamento jurídico noveno.

³⁹ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 40, 02.11.2006: «(...) la aceptación de privaciones de libertad que no son impuestas a ningún otro ciudadano, *son el resultado de una decisión voluntaria de aquellos que abrazan la carrera militar y, en consecuencia, su disciplina* (...) Evidentemente, no se trata de las situaciones a las que se refiere el artículo 5 del Convenio, debido a que su origen es la voluntad del demandante, que puede sustraerse a estas respuestas jurídicas cuando lo desee, simplemente abandonando la carrera militar, lo cual no es posible en el caso de una persona que comete un delito, y que es condenada por dicho delito (...)».

⁴⁰ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 41, 02.11.2006. Frente a la defensa avanzada por el Gobierno de que la sanción se justifica en su origen por el acto voluntario de

Asumido, pues, que el arresto domiciliario sufrido por el demandante era una privación de libertad⁴¹, el razonamiento del Tribunal se centra a continuación en el examen de su compatibilidad con el artículo 5 del Convenio⁴².

abrazar una profesión determinada, el demandante «Considera que el hecho de haber ingresado en el cuerpo de la guardia civil no implica automáticamente que acepta que se le aplique cualquier pena privativa de libertad, teniendo en cuenta que, desde el primer recurso (...), argumentó siempre que dicha privación era desde cualquier punto de vista ilícita: fue decidida por una instancia que no era competente, no independiente y que acumulaba las funciones de instrucción y juicio. En consecuencia, fue juzgado sin todas las garantías necesarias, sin haber sido asistido por un abogado y sin posibilidad de recusación».

⁴¹ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 42, 02.11.2006. El Tribunal se hace eco la importancia del pronunciamiento de la citada STC 14/1999 de 22 de febrero a la que, de hecho, se refirieron tanto el Tribunal Militar Territorial (*Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 19, 02.11.2006) como la Sala de lo militar del Tribunal Supremo (*Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 20, 02.11.2006) cuando conocieron del caso.

⁴² Según el art. 5, apartado 1 del Convenio: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. *Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley;*

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.» (cursiva añadida). «El apartado 1 del artículo 5 realiza una enumeración de los supuestos en los que puede llevarse a cabo una privación de libertad, si bien se trata de una relación que no agota todos los supuestos. Aunque el Tribunal ha reconocido que el listado merece una interpretación restrictiva (asuntos *Engel c. Holanda*, de 8 de junio de 1976 y *Ciulla c. Italia*, de 2 de febrero de 1989, entre otros), al mismo tiempo ha admitido la licitud de supuestos ausentes en el listado (asunto *Witold c. Polonia*, de 4 de abril de 2000)». SARMIENTO, D., MIERES MIERES, L.J., PRESNO LINERA, M., *Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Thomson – Civitas, Pamplona, 2007, pp. 45-46.

Así, en primer lugar, una privación de libertad debe ser el resultado de una «sentencia dictada por un tribunal competente» (artículo 5.1.a) CEDH). Para que se considere «competente», dicho tribunal tiene que contar con la autoridad requerida para juzgar el asunto, gozar de independencia respecto del ejecutivo y presentar las garantías judiciales adecuadas⁴³. En el caso del arresto domiciliario de Dacosta, el Tribunal constata que la primera condición se cumple, pero no así las otras dos⁴⁴.

En conclusión, el arresto sufrido por el demandante constituyó una violación del artículo 5.1.a) CEDH⁴⁵.

3. EL EXAMEN DEL FONDO (II). LA IMPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO

En la medida en que la demanda presentada por Dacosta se refiere también a una supuesta violación del artículo 6.1 del Convenio⁴⁶, el Tri-

⁴³ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 43, 02.11.2006.

⁴⁴ Sin discutir que, en efecto, «el superior jerárquico ejerce su autoridad en la jerarquía de la Guardia Civil», no obstante éste «depende de otras autoridades superiores y no goza, por tanto, de independencia frente a ellas». No se trata por tanto de un «tribunal competente» en el sentido del art. 5.1.a) del Convenio. Además, «el proceso disciplinario que se desarrolla ante su superior jerárquico no ofrece tampoco las garantías judiciales requeridas por [dicha disposición]». *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 44, 02.11.2006. Por otra parte, se revela también como un factor clave el que la sanción fuera «dictada por su superior jerárquico con un carácter inmediatamente ejecutivo», es decir, que el recurso contra la sanción no tuviera el efecto de suspender su cumplimiento. El Tribunal ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo en la citada sentencia *Engel y otros c. Holanda*. En ella, había considerado que, a pesar de tratarse de la sanción de mayor gravedad, la afectación a una unidad disciplinaria de los demandantes Dona y Schul, era compatible con el art. 5.1.a), porque, «a pesar de que la medida había sido dictada por sus respectivos superiores jerárquicos, no se ejecutó hasta haber recaído la sentencia firme del Alto Tribunal Militar que revisó sus recursos». *Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, série A n.º 22, § 68 (cursiva añadida).

⁴⁵ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 45, 02.11.2006.

⁴⁶ Según el art. 6, apartado 1 del Convenio: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección

bunal pasa a examinar esta cuestión. No obstante, su posición en este asunto es tajante: el demandante no demuestra que en el curso del agotamiento de los recursos internos (primero, en el marco administrativo de la GC; después, en la jurisdicción contencioso-militar y el Tribunal constitucional⁴⁷) haya habido pretensiones ni se hayan invocado argumentos de defensa sustancialmente distintos de las pretensiones y argumentos esgrimidos en relación con la violación del derecho de libertad⁴⁸. Esta posición tiene dos lecturas: una más simple y otra más compleja. La lectura más compleja es la que se desprende la posición del Gobierno español y consiste en subrayar que las pretendidas conductas contrarias al artículo 6 (la falta de motivación de las decisiones de instancias inferiores), si bien fueron invocadas ante —y desestimadas por— el TS, no lo fueron en el recurso de amparo ante el TC. Por consiguiente, en este punto, *no se ha producido el imprescindible agotamiento de los recursos internos*⁴⁹. La lectura más simple es justamente la que adopta el Tribunal: la queja relativa al artículo 6 constituye una reiteración del contenido de la relativa al artículo 5. Así, en la medida en que ha sido examinada y decidida a la luz del artículo 5, el Tribunal la declara inadmisibile y concluye que no procede examinarla separadamente⁵⁰.

de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.»

Dacosta Silva c. España, n.º 69966/01, § 48, 02.11.2006. «El demandante señala que su derecho a la defensa fue limitado no sólo en el proceso administrativo, sino también por las diferentes instancias judiciales que examinaron la cuestión y que confirmaron la legalidad del arresto.»

⁴⁷ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 49, 02.11.2006.

⁴⁸ *Ibidem*. «[E]l demandante, en su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, hizo referencia en varias ocasiones al hecho de que su privación de libertad fuera decretada por un Tribunal no competente, en la medida en que fue su superior jerárquico quien lo ordenó. Sin embargo, *no cuestionó la independencia, la imparcialidad, ni, desde un punto de vista general, la competencia y las diligencias de la jurisdicción contencioso-militar, ni del Tribunal Constitucional, e invocó siempre al respecto el artículo 5.1 del Convenio*» (cursiva añadida).

⁴⁹ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 47, 02.11.2006.

⁵⁰ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 50, 02.11.2006.

4. LA CUESTIÓN DE LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA

De acuerdo con el artículo 41 del Convenio, el Tribunal puede conceder una satisfacción equitativa⁵¹. Ahora bien, una cierta inconsistencia de la posición del demandante determina que en este asunto no se conceda cantidad alguna en este concepto. En efecto, en primer lugar, Dacosta no presentó ninguna solicitud de satisfacción equitativa dentro del plazo fijado; además, en el formulario de demanda señaló que *la constatación de violación constituiría en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por los perjuicios sufridos*; finalmente, en el mismo formulario, avanzó que reclamaría sólo las costas y gastos satisfechos para preparar su defensa, pero en el momento de dictarse la sentencia aún no lo había hecho⁵². En esas circunstancias, no es extraño que el Tribunal considere no haber lugar a conceder cantidad alguna en concepto de satisfacción equitativa⁵³.

IV. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

Es conveniente, a mi entender, apreciar dos aspectos de esta sentencia. El primero de ellos tiene que ver con el contexto jurídico nacional: la sentencia se inscribe en un proceso de reforma legislativa que hace honor a la intención original del ahora artículo 57 del Convenio: la modificación o exclusión de efectos producida por una reserva tiene vocación de temporalidad; idealmente, el Estado debe trabajar activamente para eliminar la contradicción entre su ordenamiento jurídico y el Convenio. La supresión del arresto domiciliario del régimen disciplinario normal de la GC es una prueba de ello. A mi juicio, el mantenimiento del arresto en situaciones excepcionales —recuérdese: estados de excepción, afectación a unidades militares, generalmente en misiones en el extranjero— está incluido en la reserva, puesto que en estos casos, una eventual sanción de arresto sería adoptada en virtud del régimen disciplinario de las FF.AA., sobre la base del Código Penal Militar, cuyo ámbito subjetivo de aplica-

⁵¹ *Arreglo equitativo*: «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.»

⁵² *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 52, 02.11.2006.

⁵³ *Dacosta Silva c. España*, n.º 69966/01, § 53, 02.11.2006.

ción se ve expandido por la concurrencia de una situación particular legalmente prevista.

El segundo aspecto tiene que ver con la reafirmación de la «competencia de la competencia». Dado que el Tribunal se reserva celosamente la facultad de examinar la validez de las reservas y, además, aplica a ello el carácter dinámico y evolutivo de su jurisprudencia, en consonancia con la vitalidad del Convenio, ¿sería fundado pensar que no haber analizado la reserva española desde la fecha de su formulación, en 1979, no le impediría al TEDH, con un buen caso de fondo que se lo exigiera, decir que las *actualizaciones indefinidas* no son aceptables⁵⁴? No creo que en teoría deba subestimarse esa posibilidad. En la práctica, parece difícil que el Tribunal decidiera cuestionar una materia tan estrechamente conectada con núcleos duros de soberanía, en la que las reservas, a lo largo de estos años, se han multiplicado⁵⁵.

⁵⁴ El CEDH, junto con las reservas y declaraciones españolas, fue publicado en el *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979. El problema de las «actualizaciones indefinidas» es que ni siquiera se realizan en su debido tiempo: recuérdese que transcurrieron más de ocho años entre la entrada en vigor de la LO 8/1998 (el 3 de febrero de 1999) y la última puesta al día de la reserva española, registrada por el Secretariado General del Consejo de Europa el 23 de mayo de 2007; y casi cuatro meses y medio entre la fecha de registro y su publicación oficial en España, el 7 de noviembre de 2007. Véase nota 17.

⁵⁵ En el momento de la adhesión de España, sólo Francia y Portugal habían hecho reservas semejantes. En la actualidad, además de ellos, las han formulado: Armenia, Azerbaiyán, Moldavia, República Checa, Rusia y Ucrania. Excepción a la regla de la multiplicación es Rumania que, habiendo formulado una reserva semejante a la española en el momento de su adhesión en 1994, la retiró posteriormente en 2004.