

LAS RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS DE LOS MILITARES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Por FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL: 1. *Las cláusulas limitativas de carácter general.* 2. *Las cláusulas limitativas de carácter específico:* a) El derecho de reunión. b) El derecho de asociación. c) La libertad de sindicación. d) El derecho de huelga. 3. *Otras posibles limitaciones:* a) La libertad de expresión e información, b) El derecho a la libertad y a la seguridad.—III. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL: 1. *En el plano constitucional:* a) La libertad de sindicación. b) El derecho de petición, c) El derecho de sufragio pasivo. 2. *En la esfera legislativa ordinaria:* a) Las libertades de expresión e información. b) Los derechos de reunión y manifestación. c) El derecho de asociación. d) El derecho de huelga. e) El derecho a la libertad individual y a la seguridad personal. f) El derecho a la tutela judicial efectiva.—IV. LAS RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN NUESTRO ORDENAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las novedades más relevantes del ordenamiento jurídico internacional de la segunda posguerra, que en buena medida sintoniza con el cambio de perspectiva que puede apreciarse en relación con la naturaleza de los derechos fundamentales —que dejan de presentarse tan sólo como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, apareciéndonos simultáneamente

como elementos del ordenamiento jurídico, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del Derecho—, nos viene dada por lo que podríamos denominar la internacionalización de estos derechos, formalmente reflejada en un conjunto de Declaraciones, Pactos y Convenios (1), cuya mayor relevancia posiblemente estribe en que, en algunos casos, han venido a suponer un nuevo marco jurídico de garantías (2), que, por lo que a nuestro país se refiere, se añade al ya amplio elenco de mecanismos de garantía constitucionalmente previsto (3).

Bástenos, a título de ejemplo, con recordar la existencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), instituido por el CEDH con la finalidad (art. 19 del CEDH) de «asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio», a cuyas decisiones han de conformarse las Partes Contratantes en aquellos litigios en que sean parte (art. 53 CEDH).

España firmó, el 24 de noviembre de 1977, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos (CEDH), aunque la ratificación no tendría lugar hasta el 4 de octubre de 1979. De otro lado, nuestro país, en sintonía con las previsiones de los artículos 25 y 26 del CEDH, ha reconocido tanto la jurisdicción del TEDH como la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (4).

(1) En este trabajo hemos manejado los siguientes textos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC), suscrito en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDE), suscrito en la misma fecha que el anterior; el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950; el Convenio número 87 de la O. I. T. sobre la Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicación (CLS), de 9 de julio de 1948; el Convenio número 98 de la O. I. T. sobre la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (CDS), adoptado el 1 de julio de 1949.

(2) Cfr., al efecto, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y otros: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.ª edic., Civitas, Madrid, 1983. Asimismo, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid, 1982.

(3) Cfr., al respecto, LUIS FRIGAL FERNÁNDEZ-VILLAVEDE: *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.

(4) En concreto, el 4 de octubre de 1979, el Gobierno español declaraba reconocer «la jurisdicción del Tribunal sobre todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio sucedidos a partir del 14 de octubre de 1979», declaración re-

Por lo demás, la importancia del ordenamiento internacional para nuestro Derecho interno viene acentuada por una doble previsión constitucional: de un lado, porque, a tenor del artículo 96.1 de la Constitución española (en adelante, CE), «los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno», y de otro, porque, de acuerdo con la prescripción del artículo 10.2, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (5). Con ello, como nuestro Tribunal Constitucional ha subrayado (6), «los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que recoge la Constitución».

A la vista de los diferentes textos internacionales consultados, se impone una primera, y por lo demás obvia, consideración: a los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS) les es de plena aplicación el contenido de las distintas declaraciones de derechos. Es tan evidente esta premisa, que no sería necesario justificarla formalmente. Ello no obstante, diremos que podrían aducirse muchos y muy dispares argumentos formales en respaldo de tal aserto. Desde el de que, con formulaciones no siempre coincidentes, los diferentes Convenios, Pactos y textos comienzan su articulado reconociendo solemne y rotundamente que «toda persona tiene todos los derechos proclamados» en la respectiva Declaración (art. 2.1 DUDH) (7), hasta el argumento complementario del anterior de la no discriminación, que, como es de sobra conocido, viene a implicar la ineludibilidad de un aseguramiento del goce de los derechos y libertades sin distinción alguna.

novada, primero el 24 de septiembre de 1982 y más tarde el 18 de octubre de 1985, «por un período de cinco años, a partir del 14 de octubre de 1985». Cfr., al efecto, CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Demandas contra España, 1979-1988*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1988, en especial, págs. 55-70.

(5) No es inútil advertir que España ha ratificado los cinco textos internacionales que —al margen de la DUDH— hemos manejado en el presente trabajo.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 38/81, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 4.º

(7) Recordemos que el artículo 1.º del CEDH prescribe: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio.» De otro lado, el artículo 2.º1 del PIDC determina: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...»

Los textos internacionales han sido en verdad exhaustivos al enumerar, a efectos de su interdicción, las posibles circunstancias discriminadoras; no contentos con ello, las distintas enumeraciones se cierran por lo general con una cláusula abierta («cualquier otra situación», según el art. 14 del CEDH; «cualquier otra condición», a tenor del art. 2.1 de la DUDH), que excluye inexcusablemente toda posible circunstancia discriminadora.

Podrían incluso buscarse otros argumentos en apoyo de la tesis precedente. Y así, por lo que se refiere al CEDH, en el conocido como «caso Engels y otros», cerrado por sentencia de 8 de junio de 1976, sobre aplicación de las garantías del Convenio al régimen disciplinario militar (8), el Tribunal comienza reconociendo que «el Convenio es válido en principio para los miembros de la FAS y no únicamente para los civiles» (9), lo que fundamenta, entre otros preceptos, en la determinación del artículo 4.3.b), que sustrae al servicio militar de la consideración de trabajo forzoso u obligatorio.

II. LOS LIMITES DE LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

1. *Las cláusulas limitativas de carácter general*

Hemos de comenzar este somero análisis de los límites que, en relación directa con los integrantes de las FAS, enuncian los textos internacionales, recordando algo que no por sabido conviene olvidar: el carácter limitado de todos los derechos. Ya en una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional español constataba que ningún derecho constitucional es ilimitado, para, a renglón seguido, admitir que los límites de los derechos derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos (10).

Este carácter no absoluto de los derechos ha tenido su reflejo en las Declaraciones internacionales que nos ocupan, en algunas de las cuales encontramos, al margen ya de las limitaciones puntuales que se contemplan respecto de algunas libertades, cláusulas restrictivas de carácter general.

Ello nos sitúa ante la tesitura de dar adecuada respuesta al siguiente in-

(8) Puede verse en la obra de las CORTES GENERALES: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia, 1959-1983*, págs. 304-332.

(9) Sentencia del TEDH (en adelante STEDH) de 8 de junio de 1976, párrafo 54.

(10) STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 9.º

terrogante: ¿cabe vislumbrar en las referidas cláusulas algún apoyo jurídico en el que respaldar una posible limitación de los derechos de los ciudadanos de uniforme? Analizaremos al efecto la DUDH y el PIDE.

El artículo 29.2 de la primera de esas Declaraciones prescribe:

«En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.»

Es evidente que en ninguna de las determinaciones transcritas puede sustentarse la especialidad del régimen jurídico-político de los militares, que, a nuestro entender, tiene como última *ratio* el mantenimiento de los que creo que bien podrían considerarse como los tres principios nucleares de la organización castrense: los de unidad, jerarquía y disciplina, y ello, a su vez, por razones funcionales, que encuentran su decisiva justificación —en el caso español— en el propio ordenamiento constitucional, cuyo artículo 8.º enumera las trascendentales misiones que deben cumplir las Fuerzas Armadas (11).

Tampoco la cláusula limitativa general del artículo 4.º del PIDE (12) parece ofrecernos apoyatura sobre la que asentar un régimen restrictivo para

(11) Desde esta perspectiva, no consideramos que sea la disciplina, en cuanto valor autónomo en sí mismo, el fundamento único de la especialidad del régimen jurídico de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, como señala JOSÉ MARÍA SERRANO ALBERCA: «La protección de las libertades públicas del militar», en *Revista de Administración Pública*, núm. 103, enero-abril 1984, págs. 47 y sigs.; en concreto, páginas 49-50. Más atinada nos parece la posición de FEDERICO TRILLO-FIGUEROA, quien (en «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española. Ensayo de una construcción institucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, segunda época, noviembre-diciembre 1979, págs. 105 y sigs.; en concreto, pág. 126) entiende que el fundamento de las restricciones de ciertos derechos que pesan sobre los miembros de las Fuerzas Armadas hay que buscarlo en la necesidad de salvaguardar la neutralidad o apartidismo de las Fuerzas Armadas, cuyos miembros tienen el deber de mantenerse unidos para el mejor desempeño de su elevada misión. En cualquier caso, como puede apreciarse, es una consideración de carácter funcional la que termina primando.

(12) A tenor del artículo 4.º del PIDE: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la Ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.»

los militares (en relación, claro es, al ejercicio de ciertos derechos fundamentales).

Es claro, a la vista de lo expuesto, que habrá que atender a las específicas limitaciones que los diferentes textos internacionales consultados contemplan en relación a los miembros de las FAS. No obstante, no quisiéramos dejar de destacar que de las dos cláusulas generales transcritas se deduce un conjunto de exigencias necesarias para operar legítimamente la limitación de un derecho. Estas exigencias, que, a nuestro modo de ver, deberán ser tenidas en cuenta en el caso que nos ocupa, son:

- a) el principio de legalidad, de conformidad con el cual sólo el legislador puede precisar los límites en el ejercicio de los derechos;
- b) el principio de causalidad, entendido en el sentido de que ha de existir una relación de causa a efecto entre la restricción del ejercicio de un derecho y la salvaguarda de un bien jurídico específicamente reconocido por los textos como susceptible de protección;
- c) la necesaria ubicación de estos bienes jurídicos en el marco de una sociedad democrática, lo que implica ineludiblemente que aquéllos habrán de interpretarse desde las premisas que informan a toda sociedad de ese tipo, y, por último,
- d) el principio de compatibilidad de los límites fijados respecto del ejercicio de ciertos derechos con la naturaleza de los mismos, principio de enorme importancia, tan sólo previsto por el artículo 4.º del PIDE, y del que cabe entresacar que no todo límite es válido, ni tan siquiera aunque se ajuste a las tres premisas anteriores.

2. *Las cláusulas limitativas de carácter específico*

Constituye una doctrina generalmente aceptada la necesidad de que ciertas categorías de personas vean limitados de modo específico algunos de sus derechos constitucionales, en virtud de lo que se dio en llamar en Alemania su «relación de sujeción especial».

La doctrina en cuestión ha sido admitida por nuestra jurisprudencia constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional, en su importante sentencia 21/1981, de 15 de junio, sostuvo (13) que «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio, basadas en la 'relación de

(13) STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 15.

sujeción especial' en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial».

Además de ratificarnos esta reflexión jurisprudencial en nuestra precedente consideración, de que, en último término, son razones funcionales, de eficacia y operatividad de los Ejércitos en el cumplimiento de sus trascendentales misiones, las que justifican estas limitaciones, la transcrita consideración de nuestro «supremo intérprete de la Constitución» deja inequívocamente puesta de relieve la excepcionalidad de estas restricciones de derechos y, a nuestro juicio, por ello mismo, el carácter estricto con el que deben ser interpretadas.

Pues bien, si atendemos ahora a los diferentes textos internacionales manejados, observaremos cómo son cuatro los derechos y libertades respecto de los que explícitamente se contempla la posibilidad de fijar limitaciones para los integrantes de las FAS; se trata de los derechos de reunión y asociación, la libertad de sindicación y el derecho de huelga. Nos detendremos sumariamente en sus posibles restricciones.

a) *El derecho de reunión*

El CEDH reconoce en su artículo 11.1, entre otros, el derecho de toda persona a la libertad de reunión pacífica, para, más adelante, en su apartado segundo, *in fine*, precisar que «el presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las FAS, de la Policía o de la Administración del Estado».

Por su parte, el PIDC, en su artículo 21, contempla igualmente el derecho de reunión pacífica, para precisar, a renglón seguido, que «su ejercicio sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública...». Como puede vislumbrarse, esa limitación, que atiende a la salvaguarda del bien jurídico de la seguridad nacional —por lo demás, de perfiles sinuosos e imprecisos—, puede posibilitar una restricción legítima del ejercicio de este derecho para los miembros de las FAS.

b) *El derecho de asociación*

El mismo artículo 11.1 del CEDH, antes referido, consagra la libertad de asociación, respecto de la cual rige la previsión del inciso final del artículo 11.2, que, recordémoslo, posibilita la imposición de restricciones legítimas

al ejercicio de esta libertad de asociación para los miembros de las FAS, Policía o Administración del Estado.

También el PIDC, en su artículo 22.2, tras reconocer en su apartado primero el derecho de toda persona a asociarse libremente con otras, prescribe que el ejercicio de este derecho «sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública...», para, de inmediato, apostillar que «el presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las FAS o de la Policía».

Como puede apreciarse, el precepto en cuestión no sólo deja abierta la posibilidad de establecer restricciones legales al ejercicio del derecho de asociación con carácter general, con el fin de salvaguardar los mismos bienes a que ya nos refiriéramos al tratar del derecho de reunión —con lo que ello supondría de posibilidad de concreción en limitaciones para los militares—, sino que, explícitamente, compatibiliza el reconocimiento del derecho con la fijación de restricciones legales a su ejercicio cuando se trate de miembros de las FAS o de la Policía. Con ello, el PIDC avanza un paso más respecto a la regulación prevista respecto del derecho de reunión.

c) *La libertad de sindicación*

La libertad de sindicación no es sino una manifestación específica del más genérico derecho de asociación. No debe extrañar por ello que el CEDH la contemple en el ya varias veces mencionado artículo 11.1, a modo de proyección lógica de la libertad de asociación, que incluye el derecho de fundar, con otros, sindicatos, así como el de afiliarse a sindicatos para la defensa de sus intereses. Por ello mismo, la cláusula general de compatibilidad del reconocimiento de tales derechos y libertades con la imposición de restricciones legítimas a las mismas para los miembros de las FAS o de la Policía (art. 11.2 del CEDH) rige igualmente para la libertad que ahora nos ocupa.

Asimismo, el PIDE, en su artículo 8.º1, garantiza, entre otros, el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el derecho de los mismos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público. Además de estos límites genéricos, el propio artículo 8.º (en su apartado segundo) determina que «el presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de

tales derechos por los miembros de las FAS, de la Policía o de la Administración del Estado».

También el CLS, en su artículo 9.º1, establece que «la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las FAS y a la Policía las garantías previstas por el presente Convenio», Convenio, como es sabido, referente a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Y en términos muy similares se manifiesta el artículo 5.º1 del CDS, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, a cuyo tenor «la legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las FAS y a la Policía».

d) *El derecho de huelga*

El PIDE, tal y como ya contemplamos, prevé en su artículo 8.º1 el compromiso de los Estados partes a garantizar un conjunto de derechos, entre los que se encuentra (apartado *d*) el derecho de huelga, «ejercido de conformidad con las leyes de cada país». A este derecho, al igual que a los restantes que contempla el propio precepto, le es aplicable, sin embargo, la determinación de su apartado segundo, a cuyo tenor, el reconocimiento de tales derechos no impedirá el sometimiento a restricciones legales del ejercicio de aquéllos por los miembros de las FAS, de la Policía o de la Administración del Estado.

A la vista de las apuntadas previsiones de los textos internacionales, cabe efectuar algunas reflexiones de conjunto.

En los preceptos analizados, constituye lugar común la referencia a la legitimidad y legalidad de las posibles limitaciones que puedan establecerse respecto de los miembros de las FAS.

La legalidad de la restricción no suscita dudas hermenéuticas, pues este principio implica directamente que sólo el legislador pueda concretar las posibles restricciones. Mayor enjundia presenta esa alusión a la legitimidad. A nuestro modo de ver, sólo podrá hablarse de una restricción legítima cuando la misma, de un lado, se considere imprescindible en orden a la salvaguarda de un bien jurídico superior, y de otro, se adecúe al principio de proporcionalidad, que, como el propio TEDH pusiera de relieve (14), exige una razonable relación entre los medios empleados y la finalidad perseguida (15).

(14) STEDH de 23 de julio de 1968 (caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica), fundamentos de derecho, párrafo 10 del punto I, *b*).

(15) PABLO CASADO BURBANO: *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, EDER-SA, Madrid, 1986, pág. 122; también se refiere a un tríptico de exigencias necesarias para la validez de las posibles cortapisas al ejercicio de derechos: necesidad, proporcionalidad y legalidad.

3. *Otras posibles limitaciones*

No podemos finalizar este repaso normativo a los textos internacionales sin hacernos eco de la posibilidad de que algunos otros derechos puedan ser cortapisados en su ejercicio por los miembros de los Institutos armados, y ello sobre la base de cláusulas limitativas que, aun cuando no aludiendo a los militares, tendrían, sin embargo, como destinatarios más directos a los miembros de las FAS. Hemos de referirnos en particular a la libertad de expresión y al derecho a la libertad individual y a la seguridad personal, no sin antes recordar que, como ha sentado en su jurisprudencia en repetidas ocasiones el TEDH, el artículo 14 del CEDH, que prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, no impide, sin embargo, toda diferencia de trato en tal ejercicio. Existen justificaciones objetivas que pueden legitimar esas diferencias de trato.

a) *La libertad de expresión y de información*

El artículo 10.1 del CEDH proclama el derecho de toda persona a la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas. Sin embargo, el apartado segundo del propio precepto determina que el ejercicio de estas libertades, por cuanto implica deberes y responsabilidades, «puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la fama o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

A la vista de esta prescripción, es de destacar de modo muy significativo el amplio elenco de bienes jurídicos cuya salvaguarda legitima la sujeción del ejercicio de estas libertades a determinadas formalidades, condiciones o restricciones.

Entre esos bienes jurídicos, cuya protección puede demandar límites frente al ejercicio de la libertad de expresión, destacaríamos ahora el de «la defensa del orden». El TEDH, en su sentencia de 8 de junio de 1976 (16), ha sub-

(16) Cfr., al efecto, STEDH de 8 de junio de 1976 (caso Engel y otros), párrafos 94 a 101; especialmente, párrafos 98 y 100.

rayado que el término *orden*, tal y como figura en esta disposición, no designa solamente el orden público; se refiere también al orden que debe reinar en el interior de un grupo social particular; así es especialmente cuando, como en el caso de las FAS, el desorden en este grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera.

Sentada esta premisa, así como la de que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del CEDH es aplicable a los militares como a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes, el Tribunal precisa que, no obstante, «el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos». Hecha esta puntualización, el TEDH admite que la prescripción del artículo 147 del Código Penal militar holandés (17) se basa en esta experiencia legítima y, consecuentemente, no se opone por sí mismo al artículo 10 del Convenio.

En definitiva, aun cuando los miembros de las FAS no sean explícitamente citados como destinatarios de una restricción en el ejercicio de estas libertades, parece evidente que se ven afectados por una de esas cláusulas limitativas de amplio espectro que enumera el artículo 10.2 del CEDH. Por lo demás, también el PIDC, tras reconocer (art. 19.1) que «nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones» y proclamar (art. 19.2) que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión», precisará (art. 19.3) que el ejercicio de este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales, por lo que puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para (apartado *b*) «la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública».

b) *El derecho a la libertad y a la seguridad*

El apartado primero del artículo 5.º del CEDH reconoce el derecho de toda persona a la libertad y seguridad, que se nos aparece, como el propio TEDH reconociera (18), como la libertad individual en el sentido clásico, esto es, la libertad física de la persona.

El precepto en cuestión tiene por objeto asegurar que nadie sea despojado

(17) A tenor del artículo 147 del Código Penal Militar holandés: «Es susceptible de una pena de prisión que no exceda de tres años aquel que intente minar la disciplina de las Fuerzas Armadas por medio de señal, signo, mímica, discurso, canción, escrito o diseño, o que, conociendo el contenido de tal escrito o diseño, lo defienda, exponga, anuncie o guarde en *stocks* con el fin de difundirlo.»

(18) STEDH de 8 de junio de 1976, parágrafo 58.

de aquélla de manera arbitraria, a cuyo efecto enumera una lista de privaciones de libertad que en todo caso deben verificarse con arreglo al procedimiento legalmente establecido, y que constituyen los únicos supuestos en que una persona puede ser privada de su libertad. La exhaustividad de la lista queda patentemente puesta de manifiesto, como lo testimonian las palabras «salvo en los casos siguientes». Y dentro de los seis apartados del artículo 5.º del CEDH, no se incluye como causa habilitante de la privación de libertad la disciplina militar. Por ello mismo, como el TEDH significara (19), la disciplina militar no está fuera del artículo 5.º. En consecuencia, una sanción o medida disciplinaria puede violar el citado precepto, y con ello el Convenio.

Ahora bien: como en la misma sentencia del «caso Engel» se admite (20), cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar; goza en la materia de un cierto margen de apreciación. Por ello mismo, y porque, «al interpretar y aplicar las normas del Convenio en esta materia, el Tribunal debe tener en cuenta las características peculiares de la condición militar y sus efectos en la situación de los miembros individuales de las FAS» (21), el Tribunal precisa (22) que «los límites que el artículo 5.º le impide traspasar (a cada Estado) no son idénticos para militares y para civiles». En consonancia con ello, una sanción o medida disciplinaria, que se vería incuestionablemente como una privación de libertad si se aplicase a un civil, puede no tener el mismo carácter si se refiere a un militar.

Esta precisión última nos deja claramente puesta de relieve la posibilidad de un tratamiento diferenciado para los miembros de las FAS en lo que al ejercicio de este derecho se refiere, pues, por lo demás, aunque el servicio militar no constituye por sí mismo una privación de libertad, tal y como el propio Convenio se encarga de precisar expresamente —como ya dijimos—, es obvio que entraña, en razón de sus imperativos específicos, amplias limitaciones a la libertad de movimiento de los miembros de las FAS.

Las restricciones normales no caen bajo el ámbito del artículo 5.º del CEDH. Sin embargo, no escapan del mismo las limitaciones que «se apartan netamente de las condiciones normales de vida en el seno de las FAS de los Estados contratantes». La cuestión que, como fácilmente puede colegirse, se suscita de inmediato es la de los criterios hermenéuticos, a los que habrá que atender para saber si los límites se apartan de las condiciones normales de vida en el seno de la institución militar. A tal efecto, el TEDH ha enten-

(19) *Ibidem*, párrafo 57.

(20) *Ibidem*, párrafo 59.

(21) *Ibidem*, párrafo 54.

(22) *Ibidem*, párrafo 59.

dido (23) que deberá atenderse a un conjunto de elementos tales como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de ejecución de la sanción o medida considerada.

En resumen: en el ordenamiento internacional, los posibles límites al ejercicio de determinados derechos y libertades por parte de los miembros de los Ejércitos pueden proceder de tres tipos distintos de previsiones: de cláusulas limitativas, que contemplan como destinatarios directos a los integrantes de las FAS; de cláusulas limitativas de carácter genérico, que, no obstante, parecen estar pensadas en función de los miembros de los Institutos armados, y en las que la interpretación jurisprudencial, en bastantes casos, parece corroborar esta apreciación, y, por último, simplemente, del hecho de que la aplicación de este tipo de normas internacionales (al igual que las de directa procedencia del derecho interno de un Estado) exige atender a las características peculiares de la condición militar, sin que de ello deba derivarse en todo caso la existencia de una discriminación, pues, como es doctrina consolidada, no toda diferencia de trato implica discriminación.

III. LOS LIMITES DE LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FAS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

Hemos de comenzar este epígrafe significando que no pretendemos aquí realizar un análisis casuístico del régimen jurídico de los derechos de los militares (24) en nuestro ordenamiento; tan sólo pretendemos llevar a cabo un breve inventario de aquellos derechos y libertades cuyo ejercicio por los miembros de las FAS queda sujeto a algún tipo de restricción, y todo ello con la finalidad ulterior de confrontar estos límites con los previstos por el ordenamiento internacional, a fin de entresacar las pertinentes conclusiones.

1. *En el plano constitucional*

Tres son los derechos objeto de una explícita limitación en relación con los miembros de los Ejércitos:

(23) *Ibidem*, parágrafo 59, *in fine*.

(24) Pueden verse al respecto, entre otros, ROBERTO L. BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 88-113; PABLO CASADO BURBANO: *Iniciación al Derecho...*, cit., págs. 121-152; JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA: «Límites al ejercicio de derechos cívicos en el ámbito castrense», en *Revista General de Marina*, junio 1983, págs. 895-901, y FEDERICO TRILLO-FIGUEROA: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», *op. cit.*, en especial, págs. 124-133.

a) *La libertad de sindicación*

Reconocida por el artículo 28.1 CE, y respecto de la cual el mismo precepto prescribe que «la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...».

A su vez, el artículo 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las FAS, determina que «los miembros de las FAS... no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa», mientras que el inciso final del artículo 180 prevé que «en ningún caso podrán (los militares) tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo».

En sintonía con las normas precedentes, el artículo 1.º3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, exceptúa del ejercicio de este derecho a los miembros de las FAS y de los Institutos armados de carácter militar. Y complementando todas estas previsiones, el artículo 8.º31 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las FAS, califica de falta leve el hecho de «prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida», mientras que la afiliación a una organización sindical, la asistencia de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier manifestación de carácter sindical, el ejercicio de cargos de carácter sindical o la aceptación de candidatura para ellos, sin el cumplimiento previo de la condición precedentemente apuntada (solicitud de pase a la situación legalmente establecida), son tipificadas como falta grave (artículo 9.º28 de la propia LO 12/1985).

b) *El derecho de petición*

El artículo 29.1 de nuestra «Magna Carta» política reconoce el derecho de petición individual o colectiva de todos los españoles para, a renglón seguido (en su apartado segundo), precisar que «los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica» (25).

El artículo 199 de las Reales Ordenanzas reitera la previsión constitucional, mientras que el artículo 203 establece que cualquier militar podrá dirigir

(25) En ausencia de esta legislación, hoy sigue rigiendo esta materia el Decreto 93/1962, de 18 de enero, por el que se regula el ejercicio del derecho de petición por las Fuerzas o Institutos armados.

propuestas a sus superiores, haciéndolo individualmente y por conducto regular. Por el contrario, no se podrá solicitar ni conceder autorización para presentar reclamaciones o peticiones colectivas.

En coherencia con las normas precedentes, la Ley Orgánica 12/1985 tipifica como falta leve la realización de reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo del conducto reglamentario (artículo 8.º12), mientras que las reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina, basadas en aseveraciones falsas, realizadas a través de los medios de comunicación social o formuladas con carácter colectivo, son consideradas por la propia norma legal (art. 9.º15) como faltas graves.

c) *El derecho de sufragio pasivo*

De conformidad con el artículo 70.1 de nuestro Código político fundamental, la ley determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los diputados y senadores, que comprenderán, en todo caso (apartado e), a los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo. A su vez, el artículo 6.º de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, reitera como causa de inelegibilidad la ya transcrita, proyectándola asimismo a los militares de complemento en activo (artículo 6.º1, i).

A los militares, es cierto, no se les prohíbe ejercer su legítimo derecho de sufragio pasivo, pero tal ejercicio conlleva la pérdida definitiva e irreversible de la condición militar. La propia LO 5/1985 (art. 7.º3) determina que los militares en activo, que deseen presentarse a los comicios, deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda, para, a renglón seguido (art. 7.º4), establecer una notable diferenciación con otras categorías profesionales, a las que, en principio, sujeta a un régimen similar al de los militares profesionales y de complemento (nos referimos a los magistrados, jueces, fiscales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo).

Mientras estas últimas categorías tendrán derecho, en todo caso, a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación, en el caso de los militares profesionales —a los que, de conformidad con el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las FAS, les está vedado, cualquiera que sea su empleo y situación, el ejercicio de cargos públicos o la aceptación de candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical (art. 2.º4)—, la situación es muy distinta. En efecto, a tenor del artículo 5.º

del Real Decreto-ley 10/1977, para poder ejercer las actividades antes mencionadas, quienes, con carácter profesional, formen parte de las FAS deberán: *a)* solicitar y obtener el pase a la situación de «retirado», si se tratare de jefes, oficiales, suboficiales y clases profesionales, y *b)* solicitar y obtener, si se tratare de oficiales generales, el pase definitivo a «situación especial», que crea el propio Real Decreto-ley con el exclusivo fin de posibilitarles el ejercicio de las mencionadas actividades.

El Real Decreto-ley de referencia veta totalmente a los jefes, oficiales y suboficiales de complemento, así como a los aspirantes al ingreso en dichas escalas y al personal no profesional perteneciente a las clases de tropa y marinería, el ejercicio de actividades políticas o sindicales durante el tiempo en que se encuentren prestando servicio militar activo. Esta prescripción, a nuestro juicio, no termina de encajar con la determinación de la LO 5/1985. Pensemos en la existencia de jefes, oficiales y suboficiales de complemento que quedan vinculados por una relación contractual con el Ejército de Tierra, la Armada o el Ejército del Aire, más allá del período que legalmente corresponda para el cumplimiento de su deber de defender a España. A estas personas no puede quedarles vedado el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, aun cuando para ello deban solicitar y obtener su cese en la situación de actividad en la escala de complemento.

2. *En la esfera legislativa ordinaria*

Sí, en un plano constitucional, sólo los tres derechos referidos son objeto de una específica delimitación para los componentes de las FAS, *en la esfera legislativa ordinaria* otras libertades y derechos fundamentales se ven constreñidos en su ejercicio por los miembros de los Ejércitos. Es el caso, entre otros, de las libertades de expresión e información, de los derechos de reunión y manifestación, del derecho de asociación, del derecho de huelga y, a nuestro entender, también del derecho a la libertad individual y a la seguridad personal, y del derecho a la tutela judicial efectiva. Nos referiremos sucesiva y sumariamente a estos derechos y libertades.

a) Las libertades de expresión e información

El artículo 178 de las Reales Ordenanzas reconoce el derecho de todo militar a la libertad de expresión, bien que, a renglón seguido, lo limita al exigir «autorización previa para su ejercicio» «cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice

datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las FAS».

En sintonía con tal determinación, la LO 12/1985 considera falta grave (art. 9.º9) la conculcación de aquella exigencia. Sin embargo, la legislación disciplinaria no se ha limitado a tal tipificación, sino que ha ampliado los límites de la libertad de expresión al considerar como faltas, grave o leve, según la conducta fuere o no manifiesta y pública, la emisión o la mera tolerancia de expresiones contrarias a un conjunto de símbolos, instituciones, autoridades y órganos del Estado y, en algún supuesto, de las Comunidades Autónomas (arts. 8.º28 y 9.º26). Además de todo ello, el artículo 8.º30 de la referida Ley disciplinaria define como falta leve la pública expresión de opiniones que entrañen una infracción del deber de neutralidad política o sindical o que afecten al debido respeto a decisiones de los Tribunales de Justicia.

En cuanto a la libertad de información, es contemplada por el artículo 179 de las Reales Ordenanzas, por mor del cual los componentes de las FAS tienen derecho a la posesión y utilización de medios de comunicación social dentro de los recintos militares. Sin embargo, también esta libertad puede ser constreñida «cuando razones de seguridad nacional, exigencias de la disciplina o defensa de la unidad de las FAS así lo requieran». En tales circunstancias, el ejercicio de este derecho podrá ser limitado por el ministro de Defensa o, en caso de urgencia, por la autoridad militar competente, quien habrá de someter su decisión al refrendo de dicho ministro.

Como bien advierte la doctrina (26), la normativa que rige el ejercicio de estas libertades nos muestra una profunda escisión entre la definición del derecho y las limitaciones del ejercicio, que además operan sobre la base de cláusulas generales de perfiles jurídicos tan vagos e indefinidos como la seguridad nacional, que dificultan sobremanera la fijación con auténticos criterios de seguridad jurídica del régimen aplicable en relación con estos derechos, todo lo cual se ve agravado por la remisión al criterio de la voluntad superior, en este caso, el ministro de Defensa.

b) *Los derechos de reunión y manifestación*

La normativa preconstitucional era tremendamente restrictiva en la regulación del ejercicio de estos derechos por los componentes de las FAS, quienes, a tenor del artículo 2.º del Real Decreto-ley 10/1977, no podían en

(26) MIGUEL ANGEL GARCÍA HERRERA: «Libertad de expresión y Fuerzas Armadas», en el colectivo *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1985, págs. 449 y sigs.; en concreto, pág. 465. Asimismo, ROBERTO L. BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, cit., pág. 97.

modo alguno «asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter», quedándoles vedada igualmente la asistencia de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a cualesquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical (art. 2.º3).

Las Reales Ordenanzas iban a reafirmar (en sus artículos 180 y 182), a grandes rasgos, esos mismos principios, pese a determinar que «los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico, establezcan las disposiciones vigentes». Ello no obstante, no podrán asistir a las reuniones de ningún tipo de organización política o sindical (art. 182).

Ahora bien: la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión (LO 9/1983, de 15 de julio) parece dar pie a algunas modificaciones en el régimen jurídico de estos derechos. De entrada, la norma en cuestión excluye de sus prescripciones (art. 2.º, e) a las reuniones que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las RR. OO., que se regirán por su legislación específica, a tenor de la cual (art. 180 de las RR. OO.) será imprescindible la autorización expresa del jefe de la unidad, buque o dependencia.

De otro lado, el artículo 4.º4 de la LO 9/1983 precisa que «la asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica», que una vez más viene dada por las RR. OO. y el Real Decreto-ley 10/1977, que en este punto concreto han de complementarse con la legislación disciplinaria, pues, a tenor del artículo 9.º28 de la LO 12/1985, será falta grave la asistencia de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical.

Consecuentemente con el silencio que la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión guarda acerca de las reuniones a las que acuden militares de paisano y sin hacer uso ni ostentar su condición de militar, hemos de entender que en estos supuestos les será de aplicación a los componentes de las FAS el régimen jurídico general sin ningún tipo de especialidad, y ello pese a que las RR. OO. excluyan del libre ejercicio del derecho de reunión por los militares a todas aquellas reuniones de tipo político o sindical (27).

(27) En análogo sentido se manifiesta ROBERTO L. BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional...*, cit., pág. 98.

c) *El derecho de asociación*

Buena parte de las consideraciones que hicimos en un momento precedente, al referirnos a la libertad de sindicación, podrían ser reiteradas ahora. Nos limitaremos, por tanto, a recordar que el artículo 2.º del Real Decreto-ley 10/1977 prohíbe la afiliación, colaboración o prestación de apoyo a ningún tipo de organización política, con la sola salvedad del derecho de sufragio activo.

Las RR. OO. han venido a reiterar las citadas restricciones. Así, su artículo 182, tras exigir del militar el mantenimiento de su neutralidad, le obliga a no participar en actividades políticas, a no tolerar aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opiniones concretas de partidos o grupos políticos dentro de los recintos militares y a no afiliarse, ni tan siquiera colaborar, en ningún tipo de organización política. La única salvedad a este régimen enormemente restrictivo viene dada (art. 182, párrafo último) en relación a los militares no profesionales, quienes, durante el tiempo de prestación de un servicio en las FAS, «podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieran, pero se abstendrán de realizar actividades políticas o sindicales».

A modo de complemento de las previsiones que anteceden, la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las FAS considera, respectivamente, faltas leves o graves (arts. 8.º31 y 9.º28) la colaboración con organizaciones políticas o la afiliación a las mismas, todo ello, claro está, si no se ha solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida.

d) *El derecho de huelga*

En lógica armonía con la interdicción de actividades sindicales, el artículo 181 (párrafo primero, *in fine*) de las RR. OO. dispone que los miembros de las FAS no podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga.

e) *El derecho a la libertad individual y a la seguridad personal*

La consideración del militar como sujeto del derecho a la libertad individual y a la seguridad personal, constitucionalizado por el artículo 17 de nuestra *Lex Superior*, como bien advierte Urcelay Alonso (28), no ofrece

(28) JAIME URCELAY ALONSO: «La aplicación de las garantías del derecho a la libertad y la seguridad personales en el nuevo régimen disciplinario militar español», ponencia presentada al Seminario de Estudios de la Defensa Nacional, Universidad de Santiago, CESEDEN, curso 1988-1989, pág. 10.

particularidades esenciales y sí tan sólo modalidades formales derivadas de su particular misión y condición; tal afirmación puede suscitar serias polémicas respecto a la imposición al militar por la vía disciplinaria de sanciones o medidas cautelares privativas de libertad.

El artículo 25.3 de nuestra *Lex legum* prohíbe la imposición por la Administración civil de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. De este precepto deriva, como ha manifestado el Tribunal Constitucional (29), *a sensu contrario*, que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad. A su vez, el artículo 17.1 de la Constitución establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley. De ambos artículos, el Tribunal Constitucional deduce la «posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la Ley para la fijación de los supuestos». Ahora bien, es importante no olvidar que los derechos del artículo 17 vinculan a todos los poderes públicos, y que si bien por Ley puede regularse su ejercicio y, por ello mismo, sus posibles restricciones, la Ley, en todo caso, «deberá respetar su contenido esencial» (art. 53.1 CE).

Como nuestro supremo intérprete de la Constitución manifiesta (30), la acotación legal de este campo de acción disciplinaria tiene evidentes repercusiones en el sistema de garantías procesales:

«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. La separación entre Derecho disciplinario y Derecho penal militar adquiere así un relieve especial, pues, dada la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre la acción disciplinaria y la acción penal, bastaría con calificar una infracción de disciplinaria para así sustraerla a la obligación fundamental de seguir un procedimiento con las debidas garantías» (31).

Estas consideraciones jurisprudenciales plantean con toda clarividencia la grave problemática que subyace bajo el Derecho disciplinario militar. Des-

(29) STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 8.º

(30) *Ibidem*, fund. jur. 9.º

(31) *Ibidem*, fund. jur. 9.º

de luego, cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar; goza en la materia de un cierto margen de apreciación (32). Ahora bien, ello no debe propiciar un recurso indiscriminado a la vía disciplinaria para lograr la imposición de auténticas sanciones de privación de libertad sin las garantías procesales que necesariamente han de acompañar al proceso penal, pero no al disciplinario.

Más aún, debe imponerse el postulado de la supremacía del Derecho penal militar y de sus principios sobre el Derecho disciplinario, cuya primera consecuencia, como se ha advertido (33), es la fuerza expansiva del Derecho penal sobre o en detrimento del ámbito disciplinario, pero no a la inversa. Y ello, a nuestro parecer, debe suponer asimismo la proyección de las garantías procesales del juicio penal sobre el ámbito disciplinario, por lo menos en cuanto sea posible. A este respecto, no podemos ignorar que, como el propio Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto (34), el régimen disciplinario militar ha de incorporar el sistema de valores y principios de alcance universal que subyace a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los diversos Convenios internacionales que, ratificados por España y asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico.

La LO 12/1985, de Régimen Disciplinario de las FAS, ha procedido a distinguir (en sus arts. 14 y 15, respectivamente) entre «restricción de libertad» y «privación de libertad». La primera se postula respecto del arresto de uno a treinta días, e implica la permanencia del sancionado, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la unidad, buque, base, acuartelamiento o establecimiento que se señale. El sancionado podrá participar en las actividades de la unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo.

La «privación de libertad» se predica en relación con el arresto de un mes y un día a tres meses, y se materializa en el internamiento del sancionado en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se le imponga.

La diferenciación establecida, aun sin ignorar que desencadena consecuencias dispares para los sancionados, se nos antoja un tanto semántica. El propio Tribunal Constitucional, un tanto inconsecuentemente con otros pronuncia-

(32) STEDH de 8 de junio de 1976, párrafo 59.

(33) ANTONIO MOZO SEOANE: «Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho Militar (comentario al artículo 6.º del Código Penal Militar)», en RAMÓN BLECUA FRAGA y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE (coords.), *Comentario al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 177 y sigs.; en concreto, pág. 189.

(34) STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 10.

mientos jurisprudenciales, ha reconocido (35) que «el arresto domiciliario es una sanción privativa de libertad, aun cuando se imponga 'sin perjuicio del servicio'». Ello no obstante, nos parece de enorme interés atender a la jurisprudencia sentada por el TEDH para precisar si, en efecto, la «restricción de libertad» puede ser considerada a todos los efectos como sanción privativa de libertad. Esperaremos, pues, a un momento ulterior para pronunciarnos al respecto.

En todo caso, si interpretáramos que la «restricción de libertad» contemplada por el artículo 14 de la LO 12/1985 constituye una verdadera privación de libertad, a la vista del procedimiento a seguir en el caso de las faltas leves (arts. 37 y 38 de la referida LO 12/1985), habríamos de convenir en que las personas sancionadas con tal «restricción» son privadas de las garantías constitucionales, que a toda persona reconoce el artículo 17 CE; por ello mismo, podría hablarse de una detención ilegal, en los términos contemplados por el artículo 1.º, *d*) de la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, supuesto que habilita para recurrir a tal procedimiento, en cuyo caso será competente (art. 2.º, último párrafo, de la referida LO 6/1984) para conocer de la solicitud de *habeas corpus* el juez togado militar de Instrucción, constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención (36).

En cuanto al arresto por falta grave (de un mes y un día a tres meses), contemplado por el artículo 15 de la LO 12/1985, que, recordémoslo, implica el internamiento del sancionado en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga, así como su no participación en las actividades de la unidad, no nos cabe la menor duda de que se trata de una verdadera privación de libertad; la propia literalidad del precepto así lo corrobora. Pues bien, tampoco aquí el procedimiento a seguir (contemplado por los arts. 39 y sigs. de la LO 12/1985) salvaguarda de modo plenamente aceptable todas las garantías del artículo 17 CE; así, por poner tan sólo un ejemplo, la asistencia de abogado al detenido o los derechos concretos que a éste le asisten, y que enuncia en detalle el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (tras la nueva redacción que le ha dado la LO 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el art. 17.3 de la CE en materia de asistencia letrada al detenido y al preso), no quedan suficiente-

(35) STC 31/1985, de 5 de marzo, fund. jur. 3.º, *b*).

(36) El artículo 61 (en su punto tercero) de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, atribuye a los Juzgados Togados Militares Territoriales (que han de existir en la sede de cada Tribunal Militar Territorial) el conocimiento de la solicitud del *habeas corpus*, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.º de su Ley Orgánica reguladora.

mente garantizados en la legislación disciplinaria militar, que se limita a precisar (último párrafo del art. 40) que el encartado, una vez le haya sido notificado el pliego de cargos, habrá de contestar por escrito, en plazo que no exceda de cinco días, con el asesoramiento que estime conveniente.

En cualquier caso, será a la luz de la jurisprudencia del TEDH como intentaremos descifrar la compatibilidad de este proceso disciplinario con las garantías que la Constitución y los textos internacionales reconocen a toda persona detenida.

Con levantar polémica las disposiciones comentadas, es, sin embargo, en los supuestos de los artículos 18 (párrafo segundo) y 45 de la misma LO 12/1985, de Régimen Disciplinario de las FAS, esto es, en los supuestos de la llamada «corrección previa para mantener la disciplina» (art. 18) y del «arresto preventivo por falta grave» (art. 45) (37), donde más serias son las dudas acerca de su compatibilidad con el ordenamiento constitucional y, más aún, con el ordenamiento internacional.

En el primer caso, cualquier militar puede ordenar la reclusión de un inferior —independientemente de que le esté o no subordinado de modo directo— en su domicilio o unidad, durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, cuando observare la comisión de una falta que, por su naturaleza y circunstancias, exija una acción inmediata para mantener la disciplina, debiendo quedar a la espera de la posterior decisión de la autoridad o mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada de modo inmediato.

La inexistencia de garantías es tan patente, que nos excusa de toda consideración adicional. La única duda se suscita, a nuestro modo de ver, en torno a si esta «reclusión» debe entenderse o no como privación de libertad, cuestión para cuya resolución es de enorme utilidad atender a la jurisprudencia del TEDH, por lo que la diferimos para un momento ulterior.

En el supuesto del «arresto preventivo por falta grave», la autoridad con potestad disciplinaria podrá ordenar el arresto preventivo del infractor «cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exijan una acción inmediata para mantener la disciplina», no pudiendo, en ningún caso, permanecer en esa situación más de un mes.

Esta previsión ha sido interpretada en un sentido digamos que agravado por la OM 43/1986, de 27 de mayo, por la que se aprueban las instrucciones para la aplicación de la LO 12/1985. En su apartado XVI.6, inciso segundo, puede leerse lo siguiente: «Los arrestados preventivos a que se refiere

(37) Para un análisis más detallado, cfr. JAIME URCELAY ALONSO: «La aplicación de las garantías del derecho a la libertad y seguridad personales...», *op. cit.*

el artículo 45 de la Ley serán puestos en libertad cuando haya transcurrido un mes desde que se decretó su arresto preventivo, salvo que durante dicho tiempo hubiera recaído la resolución correspondiente». Una previsión de esta naturaleza parece presuponer que cabe como normal la posibilidad de que una medida que, en puridad, debiera ser cautelar, y que entraña la privación de libertad de una persona, se prolongue durante un mes, sin que en ese período sea necesario una resolución formal al respecto.

La inexistencia de garantías para el detenido, lo desmesurado del tiempo máximo por el que puede prolongarse la sanción y lo disparatado de que una medida cautelar que clarísimamente entraña una privación de libertad pueda prolongarse sin que medie procedimiento alguno durante un mes, son otros tantos rasgos que pueden entresacarse de la prescripción del artículo 45 de la LO 12/1985, y que nos muestran su dudosa compatibilidad con el ordenamiento constitucional y su, desde luego, clara confrontación con las previsiones que los textos internacionales contemplan al efecto, como trataremos de demostrar más adelante.

f) *El derecho a la tutela judicial efectiva*

La LO 12/1985 contempla (arts. 52 y 76) un llamado recurso contencioso-disciplinario militar, que puede interponerse una vez se haya puesto fin a la vía administrativa, contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave. Sin embargo, a tenor de la referida norma legal, contra las sanciones por faltas leves no cabe recurso contencioso-disciplinario militar alguno (38), quedando excluida consecuentemente la vía judicial, y expedita tan sólo la vía administrativa (uno o dos recursos de alzada, según a quien corresponda la resolución del mismo).

Tras la promulgación de la LO 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, la situación parece cambiar. En efecto, a tenor del artículo 45.6 de la misma, los Tribunales Militares Territoriales conocerán «de los recursos jurisdiccionales que procedan, en materia disciplinaria militar, por sanciones impuestas por los mandos militares y que no sean de la competencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ni del Tribunal Militar Central» (39). Esta previsión, que parece ampliar el marco de intervención

(38) Cfr., al efecto, JAIME CHÁVARRI ZAPATERO: *Régimen disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 65-69.

(39) La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo conoce (art. 23.5 de la Ley Orgánica 4/1987) de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el ministro de Defensa. El Tribunal Militar Central (art. 34.7), de los recursos que procedan contra las sanciones

de la autoridad judicial, choca, sin embargo, con lo establecido por el último párrafo del artículo 51 de la LO 12/1985, que excluye taxativamente la vía judicial cuando la resolución por la que se imponga una sanción lo sea por una falta leve.

De no admitirse la vía judicial y de entenderse como auténtica privación de libertad el arresto de uno a treinta días contemplado por el artículo 14 de la Ley Disciplinaria de las FAS, sería evidente la conclusión de que se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de nuestra *norma normarum*. En todo caso, para aclarar este punto atenderemos también a la jurisprudencia del TEDH.

IV. LAS RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS DE LOS MILITARES EN NUESTRO ORDENAMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Basta con confrontar los derechos y libertades susceptibles de algún tipo de restricción en nuestro ordenamiento interno y en el Derecho internacional para darnos cuenta de la relativa simetría que en uno y otro marco jurídico existe. Los derechos de reunión y manifestación, los de asociación, sindicación y huelga, y la libertad de expresión, pueden ser objeto tanto en el Derecho interno como en el internacional, de diferentes acotaciones y cortapisas. Es cierto que encontramos significativas divergencias en lo que al grado concreto con que opera la restricción, pero no lo es menos que tal circunstancia, en principio, no quiebra aquella simetría, que, por lo demás, no puede presentárenos milimétricamente, pues fácilmente se comprende que el Derecho interno de un Estado debe descender a un plano de concreción que escapa al del ordenamiento internacional.

Ello no obstante, el necesario principio de proporcionalidad, que debe inspirar toda posible restricción de derechos, no siempre parece ser tenido suficientemente en cuenta por nuestros legisladores.

Ello sucede, por ejemplo, cuando, en aras de la neutralidad política de las FAS, con la que se persigue, a su vez, la salvaguarda de sus peculiares principios estructurales (unidad, jerarquía y disciplina), a fin de lograr su eficacia y operatividad en el cumplimiento de sus delicadas misiones, se llega al extremo de impedir a los militares la asistencia a reuniones políticas o sindicales, aun cuando acudieren de paisano y sin ostentar su condición de

impuestas o reformadas por el jefe del Estado Mayor de la Defensa, jefes de Estado Mayor de cada Ejército, subsecretario de Defensa, director general de la Guardia Civil y oficiales generales.

tales, o por lo menos, tras la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión, no termina de quedar aclarado este extremo.

Acontece algo similar, a nuestro juicio, cuando la legislación llega a ser asfixiante en la casuística orientada a impedir, hasta sus últimos resquicios, todo posible reflejo del ejercicio del derecho de asociación política o sindical, siendo especialmente criticable, por lo menos desde una óptica estrictamente jurídica —pues se nos antoja que, en este punto, la legislación discrimina a los militares respecto de otras categorías profesionales, como los jueces y fiscales—, y sin entrar en una valoración política del tema, la normativa —hoy en vías de reforma— que regula el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por los componentes de las FAS, pues tal ejercicio, como ya vimos, conlleva la pérdida definitiva e irreversible de la condición militar.

Tampoco creemos que el principio de proporcionalidad se tenga muy presente a la hora de regular los límites al ejercicio de las libertades de expresión e información. El recurso, por lo demás, a cláusulas generales de perfiles jurídicos indefinidos acentúa el riesgo de inseguridad jurídica en supuestos en los que ya de por sí este peligro se ve acrecentado.

Con todo, no es en los derechos o libertades anteriores donde pensamos que puede quebrar esa simetría, ni tampoco en el derecho de petición, que, por lo demás, no es contemplado en general por los textos internacionales. Por el contrario, es en el derecho a la libertad individual y a la seguridad personal, cuya trascendencia no necesita ser destacada, en donde más drásticamente se produce una asimetría con el ordenamiento internacional.

Esta divergencia resulta aún más lacerante si se tiene en cuenta el artículo 10.2 de nuestra «Magna Carta», ya destacado en un momento anterior, y si se recuerda que, como también ya expusimos, el mismo Tribunal Constitucional ha significado que los diversos Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, «asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico» (40).

Al objeto de precisar el perfil de esta línea asimétrica, entendemos necesario calibrar con precisión el régimen jurídico disciplinario militar —en sus aspectos más controvertidos, a los que ya nos hemos referido—, confrontándolo con las prescripciones que garantizan el derecho a la libertad y a la seguridad, de modo especial, con el artículo 5.º del CEDH y con la interpretación que del mismo ha llevado a cabo el TEDH.

Y algo similar debe verificarse en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías que tal derecho comprende a la vista del artículo 6.º del mismo CEDH, también interpretado por el TEDH.

(40) STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 10.

Es cierto, desde luego, que España se ha reservado la aplicación de los artículos 5.º y 6.º del CEDH, pero ello no empequeñece el valor de esas prescripciones ni de la interpretación que de ellas sentara el TEDH, pues nuestra aspiración debe ser que se supriman tales reservas a fin de que el ordenamiento interno se acomode lo más que sea posible al Derecho internacional en cuanto atañe a los derechos humanos.

Si se nos permite el *excursus*, recordaremos que el 4 de octubre de 1979, España ratificaba formalmente el CEDH. Sin embargo, al amparo del artículo 64 del propio Convenio, nuestro país se reservaba la aplicación de, entre otros, «los artículos 5.º y 6.º, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las FAS, se contienen en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar».

Operada la reforma del Código de Justicia Militar por la LO 12/1985, podía parecer que dejaba de tener sentido la reserva precedente. Ya veremos que no será así, y por ello mismo no debe extrañar la Resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores, de 24 de septiembre de 1986, por la que se adapta la reserva española a la nueva legislación interna en materia disciplinaria militar, bien que manteniéndola como sigue:

«Al ratificar el CEDH por instrumento de 29 de septiembre de 1979, España se reservó la aplicación de los artículos 5.º y 6.º, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las FAS, se contienen en el Código de Justicia Militar.

En relación con esta reserva, se manifiesta que las mencionadas disposiciones del CJM han sido sustituidas por las contenidas... en la LO 12/1985, de 27 de noviembre..., que entró en vigor el 1 de junio del año actual.

La nueva legislación ha modificado la anterior para disminuir la duración de los correctivos de libertad que pueden ser impuestos sin intervención judicial y ha incrementado las garantías procesales de las personas afectadas.

España mantiene, no obstante, la reserva a los artículos 5.º y 6.º en la medida en que fueran todavía incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las FAS...»

Consecuentemente, las garantías procesales y penales contenidas en los artículos 5.º y 6.º del CEDH no se aplican en España en el ámbito disciplinario militar caso de hallarse en contradicción con la normativa que rige

entre nosotros. Por ello mismo, de ser así, es de desear que pronto pueda ser corregida tan irregular situación.

El propio Tribunal Constitucional precisaría (41) que no puede aplicarse como derecho interno el artículo 6.º del CEDH, en la interpretación dada por el TEDH, sobre la base de la remisión del artículo 10.2 CE, al reservarse España —al ratificar dicho Convenio— la aplicación de sus artículos 5.º y 6.º Bien es verdad que, a renglón seguido, nuestro supremo intérprete de la Constitución se mostraría partidario de que, puesto que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal, subyacente en los diversos Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, informen todo nuestro ordenamiento jurídico.

Circunscribiéndonos ya a las limitaciones impuestas por nuestro legislador sobre el derecho a la libertad individual y la seguridad personal, trataremos de ir contemplando las prescripciones más controvertidas desde la óptica del artículo 5.º del CEDH y de la interpretación dada al mismo por el TEDH en su sentencia de 8 de junio de 1976 (42).

1. La primera de las cuestiones polémicas es la de si la «restricción de libertad» prevista por el artículo 14 de la LO 12/1985 (en adelante, LORD) constituye una verdadera privación de libertad. El TEDH se iba a pronunciar sobre un punto semejante al analizar cuándo las sanciones disciplinarias militares de la legislación holandesa podían conducir a una auténtica privación de libertad.

(41) STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 10.

(42) Especial interés tiene el artículo 5.º del Convenio, a cuyo tenor: «Toda persona tiene derecho a la libertad y 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 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 de 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.»

Como ya indicáramos, el TEDH atendería al respecto a si las restricciones impuestas por una sanción se apartaban o no netamente de las condiciones normales de vida en el seno de las FAS, para lo que, a su vez, era preciso tener en cuenta un conjunto de elementos tales como la naturaleza, la duración, los efectos y las modalidades de ejecución de la sanción o medida considerada.

Cuatro eran las modalidades que podían revestir las sanciones disciplinarias en la legislación holandesa: 1) los arrestos leves, que los oficiales habían de cumplir en sus domicilios, y los suboficiales y clases de tropa, en sus barracones, bases o domicilios; estos arrestos no excluían a los sancionados del cumplimiento de sus deberes; 2) los arrestos agravados, que tan sólo diferían de los anteriores en un punto: fuera de sus horas de servicio, los soldados habían de permanecer en un local especialmente fijado, que no podían abandonar, pero, en todo caso, no eran encarcelados; 3) los arrestos estrictos o de rigor, que habían de ser cumplidos por los suboficiales y clases de tropa encerrados en calabozos, excluyéndoseles del cumplimiento de sus deberes ordinarios; por último, 4) la afectación a una unidad disciplinaria, que era de aplicación tan sólo a los soldados rasos, y que consistía en someter al infractor a una disciplina más estricta de la normal mediante el envío a un establecimiento especialmente designado a este fin, por un período de tres a seis meses.

Pues bien, el TEDH interpretará (43) que ni los arrestos leves ni los agravados suponen privación de libertad. Por el contrario, entenderá que los arrestos de rigor, pese a que en el caso que nos ocupa tuvieron una corta duración, sí revistieron el carácter de privación de libertad, y otro tanto puede decirse de la condena a unidad disciplinaria.

A la vista de estos precedentes, habremos de concluir significando que, a nuestro entender, la sanción de «restricción de libertad» a que se refiere el artículo 14 LORD no parece presentar el carácter de auténtica privación de libertad. Es cierto que el plazo máximo de treinta días no deja de suscitar alguna duda, pues resulta bastante superior al previsto en la normativa holandesa (máximos de catorce o veintiún días de arresto leve, según se tratara de oficiales o suboficiales) y no puede ignorarse que la duración de la sanción es uno de los elementos a tener en cuenta a la hora de calibrar si la restricción del derecho a la libertad individual se aparta netamente de las condiciones normales de vida en el seno de las FAS; pero, aun así, entendemos que la restricción de libertad que opera el artículo 14 LORD no puede ser consi-

(43) STEDH de 8 de junio de 1976, párrafos 61 a 64.

derada, a la luz del CEDH, como restricción de libertad, y por ello mismo no le son aplicables las garantías previstas por su artículo 5.º

2. En otro orden de consideraciones podría suscitarse igualmente la cuestión —planteada en el «caso Engel y otros»— de la posible discriminación de trato que supondría el hecho de que mientras los militares profesionales pueden cumplir la sanción de arresto por falta leve en su domicilio o unidad, los no profesionales sólo lo pueden hacer en la unidad (art. 11 LORD).

Esta distinción, aunque solapadamente encierra una diferencia de trato en atención al grado (de modo similar a como acontecía en la legislación holandesa), formalmente sólo distingue según el carácter profesional o no del infractor.

El TEDH tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto. Y así, tras admitir que una distinción fundada en el grado (o en el carácter profesional o no del militar, añadiríamos nosotros) puede oponerse al artículo 14 CEDH (44), pues la lista que contiene este texto reviste un carácter indicativo y no limitativo, añade (45) que «una distinción concerniente a las modalidades de ejecución de una sanción o medida privativa de libertad no escapa del ámbito del artículo 14 porque no deja de repercutir sobre la manera en que se encuentra 'asegurado' el 'goce' del derecho consagrado por el artículo 5.º1».

Hechas estas precisiones, el TEDH reconoce que la estructura jerárquica inherente a los ejércitos entraña diferenciaciones. A diversos grados corresponden diferentes responsabilidades, que justifican cierta desigualdad de trato en materia disciplinaria. A este respecto, el CEDH reserva a las autoridades nacionales competentes un considerable margen de apreciación, como el mismo Tribunal admite.

De ahí que llegue a la conclusión de que las distinciones de trato que los demandantes denuncian, al apoyarse sobre un elemento por sí mismo objetivo, el grado (y otro tanto podría decirse del carácter profesional o no del militar), podrían estar dictadas con un fin legítimo: preservar la disciplina por métodos adaptados a cada una de las categorías de militares. Esta reflexión conduce al TEDH a considerar que el legislador holandés no abusó en el caso del margen que le dejaba el Convenio, no transgrediéndose tampoco el principio de proporcionalidad. Tales consideraciones son, a nuestro juicio, per-

(44) A tenor del artículo 14 del CEDH: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación.»

(45) STEDH de 8 de junio de 1976, parágrafo 72.

fectamente extrapolables a la supuesta discriminación que podría entrañar la diferenciación entre profesionales y no profesionales llevada a cabo por el artículo 11 LORD en orden a la modalidad de ejecución de la sanción. En definitiva, pues, no puede considerarse contraria tal previsión a lo dispuesto por el artículo 14 CEDH.

3. Otro tema de interés a abordar es el del arresto por falta grave, que puede prolongarse, como ya indicamos, de un mes y un día a tres meses, y que consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un establecimiento disciplinario militar (art. 15 LORD).

Que estamos ante una auténtica privación de libertad es algo evidente *per se*, más aún si aplicamos los criterios hermenéuticos del TEDH. Por ello mismo, es procedente aquí —desde la finalidad que nos hemos propuesto— calibrar si la privación de libertad que conlleva esta sanción se ajusta a las premisas del artículo 5.º CEDH.

Este artículo prescribe que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en una serie de supuestos ya enumerados (véase nota 42) y con arreglo al procedimiento establecido por la ley. Si una persona, de conformidad con nuestra legislación disciplinaria militar, fuere privada de libertad a consecuencia de la comisión de una falta grave, de los seis supuestos enumerados por el artículo 5.º CEDH, el único que, en su caso, podría serle de aplicación sería el del apartado a), esto es, el haber sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

Antes de continuar, conviene subrayar que el TEDH ha entendido (46) que el texto que precede no distingue según el carácter jurídico de la infracción por la que una persona ha sido declarada culpable. Se aplica, pues, a toda condena privativa de libertad dictada por un «tribunal», ya el derecho interno del Estado en cuestión la califique de penal o de disciplinaria.

Es evidente que la autoridad disciplinaria a la que corresponde decidir acerca de la privación de libertad no es un Tribunal. El Convenio utiliza la palabra «tribunal» en varios de sus artículos. La utiliza para designar a uno de los elementos constitutivos de la garantía que concede al individuo. Como el TEDH entiende (47), «se trata siempre de órganos que presentan no solamente características fundamentales comunes, en primer lugar la independencia en relación al ejecutivo y a las partes, sino también las garantías de un procedimiento judicial». Ello no obstante, el Tribunal admite que las moda-

(46) STEDH de 8 de junio de 1976, parágrafo 68.

(47) STEDH de 18 de junio de 1971 (casos De Wilde, Ooms y Versyp), parágrafo 78.

lidades del procedimiento que exige el Convenio no deben ser, sin embargo, necesariamente idénticas en cada uno de los casos en que se requiere la intervención de un órgano judicial. Para saber si un procedimiento ofrece garantías suficientes, será necesario tener en cuenta la naturaleza específica de las circunstancias en que se desenvuelve.

Por todo lo expuesto, parece inequívoco que la privación de libertad que posibilita la aplicación de la sanción del artículo 15 LORD no se ajusta a ninguno de los supuestos del artículo 5.º1 CEDH, que resulta, pues, violado. Bien es verdad que, en el supuesto de faltas graves, la Ley prevé un conjunto de recursos (arts. 49-54) que culminan en el llamado recurso contencioso-disciplinario militar, que deja en manos de un Tribunal el fallo final. El sancionado puede solicitar, por mor del artículo 54 LORD, la suspensión de la sanción privativa de libertad durante el tiempo de la tramitación del recurso. De admitirse esta suspensión, podría soslayarse la vulneración del Convenio, pues el supuesto infractor quedaría muy posiblemente en libertad hasta que mediara el fallo final del Tribunal competente para resolver el citado recurso contencioso-disciplinario.

Sin embargo, la Ley no prescribe —como hubiera sido de desear— el automatismo del efecto suspensivo del recurso en cuanto a la privación de libertad, sino que deja en manos de la autoridad ante quien se recurre la resolución de la petición de suspensión de la sanción, debiendo además denegarse si con ella se causa perjuicio a la disciplina militar. Si se advierte que, con anterioridad al recurso en la vía judicial, se habrá de agotar la vía administrativa, debiendo interponerse el pertinente recurso de alzada ante la autoridad o mando superior al que impuso la sanción, salvo cuando ésta hubiera sido impuesta por el ministro de Defensa, en cuyo caso procederá el de súplica ante la misma autoridad, se puede concluir significando que es una autoridad administrativa la que, en primera instancia, decidirá acerca de la privación de libertad del afectado (suspensión o no del cumplimiento de la sanción), y ello no preventivamente, ni tan siquiera para «asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley» —términos estos últimos que el TEDH interpreta (48) que se aplican sólo a los casos en los que la Ley autoriza a detener a alguien para forzarlo a ejecutar una obligación específica y concreta, que hasta el momento no ha cumplido—, por lo que tampoco cabe amparar la privación de libertad que nos ocupa bajo el apartado b) del artículo 5.º1 del Convenio.

En definitiva, pues, la imposición de una sanción de privación de libertad por la comisión de una falta grave vulnera, a nuestro entender, los términos

(48) STEDH de 8 de junio de 1976, parágrafo 69.

del artículo 5.º del CEDH y, por ello mismo, el derecho a la libertad y a la seguridad tal y como se configura en el Convenio.

4. Otra de las cuestiones especialmente polémicas en la reciente normativa disciplinaria militar nos viene dada por la determinación del párrafo segundo del artículo 18 de la LORD; esto es, por lo que las ya citadas Instrucciones para la aplicación del régimen disciplinario de las FAS llaman (punto VII de la OM 43/1986, de 27 de mayo) «corrección previa para mantener la disciplina».

Recordemos que esa corrección puede producirse cuando se trate de una falta que por su naturaleza y circunstancia exija una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación. El militar que corrige la infracción puede ordenar la reclusión de su autor en su domicilio o unidad por un tiempo máximo de cuarenta y ocho horas.

La problemática que se suscita es obviamente la de precisar si nos hallamos en presencia de una auténtica privación de libertad en el sentido del artículo 5.º del Convenio.

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse sobre una cuestión similar, dado que la legislación disciplinaria holandesa preveía la posibilidad de un arresto provisional por un plazo de veinticuatro horas, arresto que podía realizarse normalmente del mismo modo que el arresto leve, pero si era necesario se podía cumplir de igual manera que el arresto agravado.

El Tribunal rechazaría la postura del Gobierno holandés en el sentido de que un arresto de esta naturaleza pudiera entrar en el ámbito del apartado b) del artículo 5.º del CEDH, pues estos arrestos provisionales, según el Tribunal, no tienen por fin asegurar en el futuro la ejecución de una obligación establecida por la ley. Es indudable que este tipo de medidas —similares por lo demás a las contempladas por el artículo 18 LORD— se refieren a un comportamiento pasado; se sitúan en un cuadro represivo, no preventivo (49), aun cuando puedan apreciarse en ellas efectos accesorios, como el de incitar a un miembro de las FAS a respetar, en todo caso, sus obligaciones.

En realidad, este tipo de medidas encajan mejor en el apartado c) del artículo 5.º del CEDH, aunque en el caso holandés, y también en el español, no satisfacen una de las exigencias del texto: la de ser detenido «para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente». En todo caso, si el TEDH entendió que la detención provisional del señor Engel tuvo lugar en condiciones contrarias al apartado c) del artículo 5.º del Convenio, no fue tanto por

(49) STEDH de 8 de junio de 1976, parágrafo 69.

la precisión anterior cuanto por el hecho de que la detención excedió del plazo máximo de veinticuatro horas, fijado por la propia legislación holandesa.

Efectuadas estas precisiones, nos ceñiremos al caso español. A nuestro modo de ver, la sanción que, con carácter previo, se impone a la vista del artículo 18 LORD se sitúa en la línea de las sanciones restrictivas de libertad resultantes de la comisión de una falta leve a que se refiere el artículo 14 de la LORD. Es verdad que mientras el artículo 18 habla de «reclusión», el artículo 14 lo hace de «restricción», pero sin desconocer la importancia de la terminología usada por el legislador —más aún cuando el Diccionario de la Real Academia equipara la reclusión al encierro o prisión (50)—, no creemos que en este caso concreto una interpretación literal nos saque de dudas. Por contra, es el hecho de que mientras el artículo 15 LORD establece un vínculo indisoluble entre privación de libertad del sancionado e internamiento en un establecimiento disciplinario, el artículo 18 para nada alude a tal internamiento, con lo que se sitúa en la línea del artículo 14, cuyas sanciones restrictivas de libertad no constituyen —de acuerdo con nuestra precedente interpretación— una verdadera privación del derecho a la libertad individual.

Por ello mismo, así como por la brevedad del plazo (cuarenta y ocho horas) y por lo que entendemos como razonable proporcionalidad entre la corrección previa y la salvaguarda de unos bienes jurídicos tan importantes para los Ejércitos como la disciplina y la jerarquía, llegamos a la conclusión de que la corrección del párrafo segundo del artículo 18 LORD no constituye privación de libertad y, en consecuencia, no tiene encaje en el texto del artículo 5.º del Convenio.

5. Sólo nos resta referirnos al «arresto preventivo por falta grave», contemplado por el artículo 45 LORD. Recordemos que este arresto viene exigido por la necesidad de una acción inmediata para mantener la disciplina, a tenor de la naturaleza y circunstancias de la falta cometida.

La autoridad disciplinaria, en estos supuestos, puede ordenar el arresto preventivo del infractor, que no será puesto en libertad hasta transcurrido un mes, salvo que durante dicho tiempo hubiera recaído la resolución correspondiente. El período de arresto le será de abono para el cumplimiento de la sanción que le pueda ser impuesta.

Como la propia OM 43/1986 aclara, por si cupiera alguna duda, el correctivo que el artículo 45 permite imponer lo es por falta grave, y, en consonancia con el artículo 15 LORD, debe cumplirse en establecimiento disci-

(50) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 20.ª edic., tomo II, Madrid, 1984, pág. 1153.

plinario. Ello nos sitúa, sin ningún género de dudas, ante una verdadera privación de libertad. En consecuencia, debe analizarse si entra en el ámbito del apartado c) del artículo 5.º1 del CEDH, único en el que, como ya pusiéramos de relieve, parece encajar este tipo de medidas, tal y como interpreta el TEDH.

Es evidente que la detención preventiva, aun verificándose conforme a derecho, no se lleva a cabo para hacer comparecer al detenido ante la autoridad judicial competente, pues es obvio que la autoridad disciplinaria militar no puede considerarse «autoridad judicial» en los términos del Convenio, entre otras razones por los argumentos que el propio TEDH diera acerca de qué debe entenderse por «tribunal».

Es indudable, pues, que la privación de libertad que posibilita el artículo 45 LORD vulnera el derecho a la libertad y seguridad que proclama el CEDH al no ajustarse a los términos del artículo 5.º1, que, por lo demás, le es de aplicación.

No empece la anterior conclusión el que el arresto preventivo le sea de abono al detenido para el cumplimiento de la sanción que le pueda ser impuesta. De la jurisprudencia del TEDH resulta que la imputación de una detención provisional sobre una pena posterior no puede eliminar una violación del artículo 5.º3 del Convenio (51), sino solamente repercutir sobre el artículo 50 para limitar el perjuicio causado.

6. Hemos de ocuparnos, en último término, del derecho a la tutela judicial efectiva y de si, a la vista del CEDH, sería de aplicación a los procesos disciplinarios su artículo 6.º, que contempla aquel derecho, la presunción de inocencia y los derechos que asisten a todo acusado —todo ello, es obvio, en el hipotético, y hoy por hoy surrealista, supuesto de que se levantase por España la reserva hacia el artículo 6.º—. Una vez más, hemos de recordar el «caso Engel y otros» y la sentencia de 8 de junio de 1976, pues en ella el Tribunal se vio forzado a preguntarse sobre la aplicabilidad del artículo 6.º CEDH en el caso, ante las consideraciones del Gobierno holandés y de la propia Comisión Europea de Derechos Humanos, de que los procedimientos llevados a efecto contra el señor Engel y los restantes demandantes no versa-

(51) A tenor del artículo 5.º3 del CEDH: «Toda persona detenida o encarcelada en las condiciones previstas en el apartado primero, c), del presente artículo debe ser conducida inmediatamente ante un juez u otro magistrado habilitado por la Ley para ejercer funciones y tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede estar condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en el juicio.»

ban ni sobre «litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil» ni sobre «acusaciones en materia penal» (52).

Pensemos que, entre nosotros, el Tribunal Constitucional, en una línea semejante, ha considerado (53) que, «en el caso español, el artículo 24.2 CE (derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra uno, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia), al estar orientado hacia el proceso judicial penal, no es de aplicación inmediata al régimen disciplinario».

Pues bien, en una sucesión argumental intachable (54), el Tribunal va a refutar las tesis precedentes o, por lo menos, las matiza decisivamente.

Constata el Tribunal que todos los Estados contratantes distinguen desde hace tiempo, si bien con formas y grados diversos, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales. Mientras los primeros ofrecen sobre los segundos una ventaja sustancial: una mucha mayor suavidad en las penas impuestas, las instancias penales, por contra, se rodean habitualmente de mayores garantías.

Ahora bien: el «quid» de la cuestión nos viene dado por esta pregunta: ¿Deja el artículo 6.º del CEDH de aplicarse en el momento en que los órganos competentes de un Estado contratante califican de disciplinarias una acción u omisión y los procedimientos dirigidos contra su autor, o, por el contrario, se aplica en ciertos casos, a pesar de esta calificación? Para dar una respuesta a este interrogante, el TEDH aborda la cuestión de la supuesta autonomía de la noción (del art. 6.º1 CEDH) de «*materia penal*».

El Convenio —sostiene el Tribunal— permite, sin ninguna duda, a los Estados, en el cumplimiento de su función de guardianes del interés público,

(52) A tenor del artículo 6.º1 del Convenio: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá 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 de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.»

(53) STC 21/1981, de 15 de junio, fund. jur. 10.

(54) STEDH de 8 de junio de 1976, parágrafos 80 a 88.

mantener o establecer una distinción entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, así como fijar sus límites, pero solamente bajo ciertas condiciones. Les deja libres para tipificar como infracción penal una acción u omisión que no constituya el ejercicio normal de uno de los derechos que protege. Tal elección escapa en principio al control del Tribunal Europeo.

La elección inversa, por su parte, obedece a reglas más estrictas. Si los Estados contratantes pudieran discrecionalmente calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal o perseguir al autor de una infracción «mixta» (a la vez penal y disciplinaria) disciplinariamente, con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6.º y 7.º (55) se encontraría subordinado a su voluntad soberana.

Por ello mismo, el Tribunal se declara competente para asegurarse que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal.

Llegado a este punto, el TEDH precisa cómo verificará si una «acusación» determinada, a la que el Estado atribuye un carácter disciplinario, se refiere, sin embargo, a una «materia penal», tal como se entiende en el artículo 6.º del Convenio.

Como punto de partida, importa saber si el texto que define la infracción incriminada pertenece, según la técnica del Estado demandado, al Derecho penal, al Derecho disciplinario o a ambos a la vez. Se trata, sin embargo, de un simple punto de partida.

La naturaleza de la infracción representa por contra un elemento de apreciación de gran peso. Así, si un militar es sancionado por una acción u omisión transgresora de una norma jurídica reguladora del funcionamiento de las FAS, el Estado —según el Tribunal— puede en principio utilizar contra él el Derecho disciplinario antes que el penal.

Ahora bien: el control del Tribunal sería meramente ilusorio si no tomase igualmente en consideración «el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado». En una sociedad sujeta a la preeminencia del Derecho son de *materia penal* «las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante» (56).

(55) De conformidad con el artículo 7.º1 del CEDH: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.»

(56) STEDH de 8 de junio de 1976, parágrafo 82.

Como puede apreciarse, para el TEDH lo realmente decisivo es el grado de severidad de la sanción.

Si proyectamos estas reflexiones sobre los aspectos más polémicos de nuestra legislación disciplinaria castrense, podremos concluir poniendo de relieve que las acusaciones contra militares por la comisión de faltas graves sancionadas con la privación de libertad, a que se refiere el artículo 15 LORD, y el arresto preventivo por falta grave, deben encajar en el texto del artículo 6.º del Convenio, que habría de serles, consiguientemente, de aplicación —siempre, de no existir la tantas veces citada reserva—. Ello debiera suponer la extensión de los derechos y garantías del artículo 6.º del CEDH a un importante sector de los procedimientos disciplinarios militares, en los que, desde luego, buena parte de esos derechos y garantías brillan por su ausencia.

La diferencias jurisprudenciales entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo son bien visibles. Y así, si aquél, entendiendo como disciplinario-administrativo el régimen sancionatorio militar, extiende en principio y con alguna limitación (57) —con bastantes limitaciones, diríamos nosotros— el artículo 24 CE, el TEDH, al considerarlo dentro del campo penal —de modo parcial y en función de una serie de circunstancias ya expuestas—, entiende directamente aplicable el artículo 6.º del Convenio, que vendría a ser el equivalente a nuestro artículo 24 de la Constitución.

Cuanto acaba de exponerse no hace sino ratificarnos en la conveniencia de una reacomodación de los principios que rigen el régimen disciplinario de las FAS, a fin de impregnarlos de aquellos otros que, en este punto concreto, rigen en el ordenamiento internacional y, en particular, en el Convenio Europeo de 1950, tras su interpretación jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La conveniencia de que ese sistema de valores subyacente en las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos informe nuestro ordenamiento jurídico en su totalidad —conveniencia reconocida por nuestro supremo intérprete de la Constitución y, añadiríamos, exigida por el artículo 10.2 de la CE— respalda sobradamente nuestra anterior apreciación.

(57) FRANCISCO SANZ GANDASEGUI: *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1985, página 243.