

# LOS LIMITES DE LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

**Dr. FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO**

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago.*

*Miembro del Seminario de Polemología del I.E.E.E.*

## 1. 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 pueda apreciarse en relación con la naturaleza de los derechos fundamentales —que dejan de presentarse tan solo 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 estriba 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 ámplio 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).

(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-XI-1950.
- El Convenio núm. 87 de la O.I.T. sobre la Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicación (CLS), de 9-VII-1948.
- El Convenio núm. 98 de la O.I.T. sobre la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (CDS), adoptado el 1.º 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 ed., 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-Villaverde**: "La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español", Editorial Montecorvo, Madrid, 1981.

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 arts. 25 y 46 del CEDH, ha reconocido tanto la jurisdicción del TEDH como la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (4).

Por lo demás, la importancia del ordenamiento internacional para nuestro propio derecho interno viene acentuada por una doble previsión constitucional: de un lado, porque, a tenor del art. 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 art. 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 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.º.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.

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.º.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 las FAS y no únicamente para los civiles" (9), lo que fundamenta, entre otros

(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 renovada, 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, Oñati, 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 art. 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 art. 2.º.1 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...".

(8) Puede verse en la obra de las Cortes Generales, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia. 1959-1983", págs. 304-332.

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

preceptos, en la determinación del artículo 4.º3, b/, que sustrae al servicio militar de la consideración de trabajo forzoso u obligatorio.

## 2. Los límites de los derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas en el ordenamiento internacional.

### A) 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 interrogante: ¿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 DÜDH y el PIDE.

El art. 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 art. 8.º enumera las trascendentales misiones que deben cumplir las Fuerzas Armadas (11).

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

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

(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 FAS, como señala **José M.º Serrano Alberca** (en "La protección de las libertades públicas del militar", en Revista de Administración Pública, núm. 103, enero-abril 1984, págs. 47 y sigs.; en concreto, págs. 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 FAS hay que buscarlo en la necesidad de salvaguardar la neutralidad o apartidismo de las FAS, 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 art. 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".

de las FAS. No obstante, no quisiéramos dejar de destacar que de las dos cláusulas generales transcritas se deducen 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 casualidad, 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 art. 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.

## **B) 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 dió 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 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 puesto 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 art. 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

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

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 art. 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 art. 11.1 del CEDH, antes referido, consagra la libertad de asociación, respecto de la cual rige la previsión del inciso final del art. 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 art. 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 del 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 art. 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 art. 8.º.1, 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 hermeneúticas, 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 adecue 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).

#### **C) 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 art. 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.

(14) STEDH de 23 de julio de 1968 (Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica), fundamentos de derecho, parágrafo 10 del punto I, B/.

(15) **Pablo Casado Burbano** (en “Iniciación al Derecho Constitucional Militar”, EDESA, 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.

## **a/La libertad de expresión y de información.**

El art. 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 legítima 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 subrayado 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 art. 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 difilmente 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 art. 147 del Código Penal Militar holandés (17) se basa en esta experiencia legítima y, consecuentemente, no se opone por sí mismo al art. 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 art. 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 art. 5.º del CEDH reconoce el derecho de toda persona a la libertad

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

(17) A tenor del art. 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".

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 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 art. 5.º.1 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 art. 5.º.1. 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 mismos individuales de las FAS” (21), el Tribunal precisa (22) que “los límites que el art. 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 puesto 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 art. 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 hermeneúticos 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 entendido (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)

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

(19) *Ibidem*, parágrafo 57.

(20) *Ibidem*, parágrafo 59.

(21) *Ibidem*, parágrafo 54.

(22) *Ibidem*, parágrafo 59.

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

exigen 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.

### **3. Los límites 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.

**I. En el plano constitucional,** tres son los derechos objeto de una explícita limitación en relación con los miembros de los Ejércitos:

#### **a/La libertad de sindicación.**

Reconocida por el art. 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 FAS o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...".

A su vez, el art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 cargo 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 (art. 9.º28 de la propia L.O. 12/1985).

#### **b/El derecho de petición.**

El art. 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

(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...", op. 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.

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 art. 203 establece que cualquier militar podrá dirigir 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 (art. 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 art. 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, a (apartado e/ ) los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo. A su vez, el art. 6.º de la Ley Orgánica 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 (art. 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 Ley Orgánica 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 art. 5.º del R. 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 Decreto-Ley, con el exclusivo fin de posibilitarles el ejercicio de las mencionadas actividades.

El Decreto-Ley de referencia veda totalmente a los Jefes, Oficiales y Suboficiales de Complemento, así como a los aspirantes al ingreso en dichas Escalas y al personal no profesional

(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.

pertenciente 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 Ley Orgánica 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.

**II.** Si 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 art. 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 Ley Orgánica 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 art. 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 art. 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

(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", op. cit., pág. 97.

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 art. 2.º del R. Decreto-Ley 10/1977, no podían en 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.º.3).

Las Reales Ordenanzas iban a reafirmar (en sus arts. 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 (L.O. 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 Reales Ordenanzas, que se regirán por su legislación específica, a tenor de la cual (art. 180 de las Reales Ordenanzas), será imprescindible la autorización expresa del jefe de la unidad, buque o dependencia.

De otro lado, el art. 4.º.4 de la L.O. 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 Decreto-Ley 10/1977, que en este punto concreto han de complementarse con la legislación disciplinaria, pues, a tenor del art. 9.º.28 de la L.O. 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 acudan 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).

### **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 art. 2.º.1 del Decreto-Ley 10/1977 prohíbe la afiliación, colaboración o prestación

(27) En análogo sentido se manifiesta **Roberto L. Blanco Valdés**: “La ordenación constitucional...”, op. cit., pág. 98.

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 art. 182, tras exigir del militar el mantenimiento de su neutralidad, le obliga a no participar en actividades políticas, a no tolerar aquéllas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones 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 su 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 art. 181 (párrafo primero, in fine) de las Reales Ordenanzas 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 art. 17 de nuestra "Lex Superior", como bien advierte **Urcelay Alonso** (28), no ofrece 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 art. 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 art. 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 art. 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).

(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 1988-89, pág. 10.

(29) STC 21/1981, de 15 de junio, fundamento jurídico 8.º

Como nuestro supremo intérprete de la Constitución manifiesta (30), la acotación legal de este campo de acción disciplinaria tiene evidente 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. Desde 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 Ley Orgánica 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 pronunciamientos jurisprudenciales, ha reconocido (35) que “el arresto domiciliario es una sanción privativa de libertad, aun cuando se imponga

(30) *Ibidem*, fund. jur. 9.º

(31) *Ibidem*, fund. jur. 9.º

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

(33) **Antonio Mozo Seoane**: “Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho Militar” (Comentario al art. 6.º del Código Penal Militar), en Ramón Bleque 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.

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

'sin perjuicio del servicio'. Ello no obstante, nos parece de enorme interés atender a la jurisprudencia sentada por el TEDH para apreciar sí, 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 art. 14 de la L.O. 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 L.O. 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 art. 17 CE; por ello mismo, podría hablarse de una detención ilegal, en los términos contemplados por el art. 1.º d/ de la L.O. 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 L.O. 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 art. 15 de la L.O. 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 siguientes de la L.O. 12/1985) salvaguarda de modo plenamente aceptable todas las garantías del art. 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 art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (tras la nueva redacción que le ha dado la Ley Orgánica 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 suficientemente 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 arts. 18, párrafo segundo y 45 de la misma Ley Orgánica 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

(36) El art. 61 (en su punto tercero) de la L.O. 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 hábeas corpus, con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.º de su Ley Orgánica reguladora.

(37) Para un análisis más detenido, cfr. **Jaime Urcelay Alonso**: "La aplicación de las garantías del derecho a la libertad y seguridad personales...", op. cit.

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.

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 Orden Ministerial 43/1986, de 27 de mayo, por la que se aprueban las Instrucciones para la aplicación de la L.O. 12/1985. en su apartado XVI.6, inciso segundo, puede leerse lo siguiente: "Los arrestados preventivos a que se refiere el art. 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 art. 45 de la L.O. 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 Ley Orgánica 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 solo la vía administrativa (uno o dos recursos de alzada según a quien corresponda la resolución del mismo).

Tras la promulgación de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, la situación parece cambiar. En efecto, a tenor del art. 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 de la autoridad judicial, choca, sin embargo, con lo establecido por el último párrafo del art. 51 de la L.O.

(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 L.O. 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 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.

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 art. 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 art. 24 de nuestra "norma normarum".