



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO  
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS  
INTERNACIONALES COMPETENTES EN MATERIA DE  
SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*TRADUCCIÓN REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE  
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

*Se recuerda que los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el  
inglés y el francés, en los que se publican tanto las sentencias como cualquier otro  
documento del TEDH.*

### SECCIÓN TERCERA

**Rafael BENAVENT DÍAZ c. ESPAÑA**

**DECISIÓN**

(Demanda nº 46479/10)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), reunido el día 31 de enero de 2017, en Sala compuesta por:

Helena Jäderblom, *Presidenta*,

Helen Keller,

Branko Lubarda,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides, *jueces*,

Blanca Lozano Cutanda, *jueza ad hoc*,

y Stephen Phillips, *secretario de sección*,

A la vista de la antedicha demanda interpuesta el día 23 de julio de 2010,

A la vista de las observaciones presentadas por el Gobierno demandado y las de la parte demandante en respuesta,

A la vista de la inhibición del Sr. Luis López Guerra, juez elegido a título de España (artículo 28 del Reglamento), el Presidente designó, el día 29 de junio de 2016, a la Sra. Blanca Lozano Cutanda para sustituirle en calidad de juez ad hoc (artículos 26 § 4 del Convenio y 29 § 1 a) del Reglamento de Procedimiento del TEDH),

Tras la oportuna deliberación, dicta la siguiente decisión:

#### **ANTECEDENTES**

1. El demandante, Rafael Benavent Díaz, es un nacional español que reside en Madrid. Ha sido representado ante el TEDH por los letrados M. Casado Sierra y D. Flores González, abogados ejerciendo en Madrid. El Gobierno español (“el Gobierno”)

ha sido representado por su agente, R.-A. León Cavero, Abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

#### **A. Las circunstancias del caso**

2. Los hechos de la causa, según han sido expuestos por las partes, pueden resumirse de la siguiente manera.

3. El demandante era en el momento de los hechos suboficial (brigada) del Ejército de Tierra Español. Estaba destinado a una unidad (Célula Nacional de Inteligencia de España) en Sarajevo, en Bosnia Herzegovina.

4. Mediante decisión de 22 de febrero de 2006, el Teniente Coronel M.G.S., superior jerárquico del demandante, le impuso una sanción disciplinaria de seis días de arresto por la comisión de una falta leve, por el retraso en la incorporación a su puesto de trabajo la noche del 20 de febrero de 2006. El demandante debía cumplir esta sanción en sus alojamientos del campamento Butmir, en Bosnia Herzegovina, sin perjuicio de que, durante el horario laboral, participara en las actividades propias de su Unidad.

5. Esta decisión fue tomada conforme a los artículos 7 § 9 y 9 § 1 inciso 3 de la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (“la Ley Orgánica 8/1998”), según los cuales la falta de puntualidad en los actos de servicio constituían una falta leve merecedora de uno a treinta días de arresto.

6. El demandante fue informado de la sanción y de la posibilidad de impugnarla mediante recurso de alzada, el cual interpuso el día 7 de marzo de 2006. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, autoridad competente para conocer de este recurso lo desestimó mediante resolución de 5 de abril de 2006.

7. El demandante interpuso un recurso contencioso-disciplinario contra esta resolución ante el Tribunal Militar Territorial nº 1 de Madrid, aduciendo que la sanción de arresto que le había sido impuesta había vulnerado su derecho a la libertad tal como lo garantiza el artículo 5 § 1 a) del Convenio y acarreado una vulneración de la Constitución Española en sus artículos 17.1 (derecho a la libertad), 24 (Derecho a la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia) y 25 (principio de legalidad). Invocaba especialmente la sentencia *Dacosta Silva c. España* (nº 69966/01, CEDH 2006-XIII), respecto del cual indicaba que el TEDH había concluido que se había producido violación del artículo 5 § 1 a) del Convenio refiriéndose al arresto domiciliario que le había sido impuesto a un Guardia Civil en aplicación de la Ley Orgánica 11/1991 de 17 de junio del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Basándose en esa sentencia, el demandante alegaba que la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio con respecto al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (párrafos 18-25 más abajo) no podía extender sus efectos a la Ley Orgánica 8/1998, en aplicación de la cual le había sido impuesta la sanción, aduciendo que España había informado al Consejo de Europa de la entrada en vigor de esta en Ley sólo el 23 de mayo de 2007 y por tanto después del cumplimiento de su sanción.

8. Tanto la Fiscalía como el Abogado del Estado instaron la desestimación del recurso.

9. Mediante sentencia de fecha 9 de abril de 2008, por dos votos a uno, el Tribunal Militar Territorial nº 1 de Madrid desestimó el recurso del demandante. Tras analizar y rechazar las supuestas violaciones del Derecho interno, descartó que se hubiera vulnerado el artículo 5 § 1 del Convenio. El Tribunal consideraba que la reserva formulada por España a los artículos 5 y 6 del Convenio en lo que atañía al Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (párrafos 18-25 más abajo), era aplicable al presente asunto. Estimaba que esta reserva había estado vigente ininterrumpidamente desde 1979, y ello a pesar del hecho de que las Autoridades no habían informado al Consejo de Europa sobre la modificación legislativa acaecida en 1998 (correspondiente a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998) hasta el 23 de mayo de 2007. Según el Tribunal, esta circunstancia no podía por sí sola poner en entredicho la vigencia de la reserva, máxime cuando la Ley de 1998 que abarcaba el régimen disciplinario no había modificado de manera sustancial la reserva formulada inicialmente. Asimismo, el Tribunal se refería a una sentencia de 6 de febrero de 2008 de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que sentaba jurisprudencia en la materia. Según esta sentencia, los arrestos, que entran en el ámbito del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas impuestos en aplicación de la Ley Orgánica 8/1998, no vulneraban ni los derechos del Convenio a los se refería la reserva española de 1979 ni al artículo 17 § 1 de la Constitución.

El Presidente del Tribunal, el Sr. J.M.M.C., emitió un voto particular, en el que admitía la tesis del demandante y consideraba que, debido a la ausencia de reserva que tenía explícitamente por objeto la Ley de 1998 aplicada al demandante, la sanción privativa de libertad impuesta a éste debía satisfacer las exigencias resultantes del artículo 5 del Convenio.

10. El demandante recurrió en casación. Mediante sentencia de 2 abril de 2009, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo desestimó el recurso, confirmando la validez y aplicabilidad de la reserva de 1979 al arresto sufrido por el interesado. La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo se expresó así:

“1. (...) Como dice nuestra Sentencia de 6 de febrero de 2008: “Quien recurre sostiene que los efectos de la reserva, esto es, la exclusión de los efectos jurídicos de aquellas normas convencionales (arts. 5 y 6 del Convenio), en cuanto a su aplicación al Estado español (vid. art. 2.1. d) de la Convención de Viena), habrían quedado en suspenso reanudando su virtualidad a raíz de la formalización de lo que la parte llama reserva hecha en 2007 (...). No compartimos lo que se afirma porque, sin perjuicio de la competencia del TEDH para declarar la validez de las reservas, en el caso de haber decaído la misma como consecuencia de aquella falta de comunicación, no creemos que pueda reactivarse una reserva ya finalizada porque ello sería contrario al texto y al espíritu del Convenio, que solo consiente reservas hechas al tiempo de su firma o adhesión (actual art. 57 del Convenio)”.

2. (...) Como indica esta Sala en sus Sentencias de 13 de noviembre de 2008 y 19 de enero de 2009 en relación a si el Estado español debió actualizar la reserva inicialmente formulada a los artículos 5 y 6 del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 “respecto al personal militar o si, por el contrario, tratándose de una ley idéntica no era necesario, dada la homogeneidad de los regímenes disciplinarios establecidos en ambas leyes, notificar el cambio legislativo”, y tras puntualizar que “el Estado Español siempre ha tenido la voluntad de mantener la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH, en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones que hizo a la reserva inicial, no importa que en el caso de la Ley 8/98 no lo hiciera hasta Mayo de 2.007”(…) [ya que] “el Convenio de Roma no establece obligación por parte de los Estados de actualizar las

reservas hechas al inicio de la ratificación del Tratado. Sin embargo, la praxis y lo que es más relevante a los efectos aquí examinados, el TEDH (caso *Dacosta Silva* de 2 de noviembre de 2.006 EDJ 2006/277898) así lo exigen por razones de seguridad jurídica, ya que pudiera ocurrir que la normativa sustitutiva de la anterior que sí fue objeto de reserva, introdujera modificaciones sustanciales respecto a la antigua normativa, de suerte que pudiera resultar incompatible con el Convenio de Roma, de ahí que el Tribunal obligue a los Estados (...) a comunicar cada cambio legislativo que se produzca respecto a las leyes objeto de reserva a fin de verificar su acomodación a los términos del Convenio”.

La aludida Sentencia de 13.11.2008, seguida por la de 19.01.2009, señala que “sentado por las razones dichas que existe obligación de actualizar las reservas (STEDH Caso *Belilos vs Suiza* de 29 de abril de 1.988 y *Weber vs Suiza* 22 de mayo de 1.990 (...), cualquiera que sea la denominación utilizada, la inmediata cuestión a dilucidar es si la reserva queda suspendida hasta que se actualice o si, por el contrario, continua en vigor en tanto que el Tribunal declare incompatible la nueva ley con el Tratado”, y frente a la tesis del entonces recurrente (...), “esta Sala (...) considera que la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio estaba en vigor en la fecha en que tuvo lugar el arresto del recurrente y ello porque las reservas cumplen una función diferente a la de las actualizaciones. En efecto, las reservas (admitidas en el Convenio de Roma siempre que no sean generales) tienen como fin excluir en los términos que el Convenio autoriza la aplicación de algunos preceptos de este último. Por el contrario, las actualizaciones responden a otra finalidad: la de permitir un control a posteriori por parte del TEDH de que las modificaciones introducidas en la ley objeto de reserva se ajustan al Convenio, al no introducir un régimen jurídico diferente al anterior, salvo modificaciones (...). Pues bien, desde esta perspectiva, es decir, del fin de la norma, es claro que en el presente caso el hecho de que el Estado Español se retrasase varios años en la notificación del cambio legislativo realizado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no conlleva como se pretende, la nulidad del arresto impuesto al recurrente ya que la notificación de la aprobación de la ley permite al TEDH comprobar, aunque tardíamente bien es cierto, si la mencionada ley se adapta o no al Convenio, pudiendo ocurrir que el TEDH así lo considerase (lo que por otra parte parece improbable, pues como señalamos en nuestras sentencias anteriormente referidas, se trata de leyes, la anterior y la nueva, prácticamente idénticas), en cuyo caso la reserva hecha carecería de efectos respecto a la ley posterior, siendo de aplicación la integridad del Convenio, pero hasta que esta hipótesis no se dé, la reserva es válida en razón a que su eficacia no queda condicionada (...) a su actualización ya que esta cumple una función distinta: la de propiciar en su caso que el TEDH pueda hacer un examen a posteriori respecto a la compatibilidad de la nueva ley con el Convenio. Efectuada esta actualización, habrá de ser el propio TEDH quien en su caso, declare incompatible la ley con el Tratado. Hasta que esta eventualidad no se produzca, la reserva inicialmente hecha por el Estado Español extiende sus efectos a la ley 8/98 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”.

3. (...) como afirma nuestra precitada Sentencia de 19 de enero de 2009 (...), “el formalismo de la reserva -consecuencia de la exigencia de certeza jurídica en cuanto al alcance del consentimiento del Estado en obligarse que es consustancial al Derecho de los Tratados-, consistente en la forma expresa y escrita de ésta y su comunicación oficial, consignándola en un Instrumento diplomático, al momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse definitivamente por un tratado, impide entender que la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales pudiera encontrarse condicionada en su virtualidad o eficacia a la, a tales efectos accesoria, circunstancia de la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa de los cambios legislativos que se produzcan en la materia a que dicha reserva se contrae - en el caso que nos ocupa, el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, más en concreto, la imposición con arreglo al mismo por la Administración militar de sanciones privativas de libertad (...). Aceptar la tesis de la recurrente comportaría atribuir al hecho de no comunicar al Secretariado del Consejo de Europa una modificación legislativa afectante a la materia sobre la que recae la reserva los mismos efectos que hubiera producido la retirada de esta última”.

En definitiva, la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 1950 surte efectos indefinidamente en relación a éste último, puesto que forma parte del mismo, en tanto no se retire o revoque formalmente en los términos al efecto previstos en el artículo 22 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, como así lo demuestra, a mayor abundamiento, la práctica española al respecto (...)

No habiéndose retirado, pues, la reserva por el Estado español, ésta surtió sus plenos efectos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, hasta la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa, el 23 de mayo de 2007, de la modificación habida por dicha Ley Orgánica en la materia objeto de reserva, sin que, por tanto, pueda prosperar la pretensión de la recurrente de que los arrestos impuestos en tal lapso temporal al amparo de dicha Ley Orgánica fueren nulos.

En suma, el mantenimiento de la reserva de 1979 llevado a cabo por España en 2007 no comporta sino que el Consejo de Europa, y el TEDH en su caso, tengan conocimiento de que la materia objeto de reserva aparece ahora regulada en la Ley Orgánica 8/1998, es decir, una mera notificación de que las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 a que se refería la comunicación de 28 de mayo de 1986 han venido a ser reemplazadas por las de la Ley Orgánica 8/1998 que se mencionan en la comunicación de 23 de mayo de 2007, manteniéndose la reserva formulada en 1979 a los aludidos artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de 1950 en la medida en que continuaren resultando estos incompatibles con las disposiciones que se citan de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre.

11. El demandante interpuso incidente de nulidad contra esta sentencia que fue desestimado por el Tribunal Supremo el 16 de julio 2009.

12. Invocando los artículos 17 (derecho a la libertad) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) de la Constitución, así como los artículos 5 § 1 y 6 del Convenio, el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante auto de 22 de febrero de 2010, el Alto Tribunal inadmitió el recurso por carecer de trascendencia constitucional.

## **B. El Derecho interno y la práctica aplicables**

13. En lo que aquí interesa, las disposiciones de la Constitución Española están así redactadas:

### **Artículo 17**

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

(...)”

### **Artículo 25**

“(…)”

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

14. En lo que aquí interesa, las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 de 27 de noviembre de 1985 del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (“la Ley Orgánica nº 12/1985”), se leían así:

### **Artículo 8**

“Serán faltas leves:

(...)”

Inciso 8. La falta de puntualidad en los actos de servicio y las ausencias injustificadas de los mismos si no constituyeran infracción más grave.

**Artículo 10**

“Las sanciones que pueden imponerse por las faltas leves son:

(...)

- Arresto de un día a treinta días en domicilio o unidad.”

**Artículo 14**

“El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, 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.”

**Artículo 46**

“Las sanciones comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se le imponen. (...)”

**Artículo 49**

“El militar al que se haya impuesto sanción disciplinaria podrá recurrir por escrito contra ella sin perjuicio de su cumplimiento.”

**Artículo 54**

“El sancionado podrá solicitar la suspensión de la sanción privativa de libertad por falta grave durante el tiempo de tramitación del recurso. (...)”

15. En lo que aquí interesa, las disposiciones de la Ley Orgánica 8/1998, en vigor en el momento de los hechos, se leían así:

**Artículo 7.9**

“Son faltas leves:

(...)

9. La falta de puntualidad en los actos de servicio y las ausencias injustificadas de los mismos si no constituyeran infracción más grave.

(...)”

**Artículo 9.1 inciso 3**

“1. Las sanciones que pueden imponerse por faltas leves son:

(...)

- Arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad”.

**Artículo 13**

“El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale. El sancionado participará en las actividades de la Unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo.”

**Artículo 67**

“Las sanciones disciplinarias serán inmediatamente ejecutivas y comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se le imponen. (...)”

**Artículo 75**

“1. Contra las resoluciones sancionadoras, los interesados podrán interponer los recursos previstos en los artículos siguientes sin perjuicio del cumplimiento de la sanción impuesta.”

**Artículo 81**

“El sancionado podrá solicitar la suspensión de las sanciones por falta grave y extraordinarias durante el tiempo de tramitación del recurso. (...)”

16. Según la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 8/1998, la Ley Orgánica 12/1985 quedaba expresamente derogada.

17. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 14/1999 de 22 de febrero de 1999 se pronunció sobre el arresto de la siguiente manera:

“(...) hemos de afirmar que el arresto domiciliario sí supone una verdadera privación de libertad y no una mera restricción de aquélla (...), de suerte que, sobre esta base, el indebido cumplimiento de un día de arresto domiciliario, sí entrañaría una vulneración de la libertad personal por contravención de los términos del art. 17.1 C.E., que supedita la legítima privación de libertad a los casos previsto en la ley.”

**C. La reserva española con respecto a la aplicación de los artículos 5 y 6 del Convenio en materia de disciplina militar**

18. En el momento de la ratificación del Convenio, mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979, España formuló una reserva a los artículos 5 y 6, por incompatibilidad de estos con las disposiciones relativas al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que constaban en el Título XV del Tratado Segundo y en el Título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar. La breve exposición de las citadas disposiciones se leía así:

“El Código de Justicia Militar prevé que en los casos de faltas leves, el superior jerárquico respectivo, tras la elucidación previa de los hechos, puede infligir directamente sanciones. La sanción de faltas graves se somete a una instrucción de carácter judicial, en la cual el acusado deberá, necesariamente, ser oído. Tales sanciones, así como el poder para imponerlas, están definidas legalmente. En cualquier caso, la persona objeto de una sanción podrá recurrir ante su superior jerárquico inmediato y así sucesivamente hasta el Jefe del Estado.”

19. El Código de Justicia Militar al que se refería la reserva era la Ley de 17 de julio de 1945.

El Tratado Segundo se titulaba “De los delitos y faltas militares” y su Título XV tipificaba y establecía las sanciones para las faltas graves y leves. Para las faltas leves la sanción aplicable era el arresto hasta dos meses, salvo para los oficiales y suboficiales para quienes el arresto que se cumplía en su casa o en la dependencia de destino era hasta catorce días y en “un castillo u otro establecimiento militar” el arresto de quince días hasta dos meses, (artículo 416).

El Tratado Tercero se titulaba “Procedimientos militares” y su Título XXIV tenía por objeto los procedimientos para las faltas.

20. Estas disposiciones han sido sustituidas por las contenidas en el Capítulo II del Título III y los Capítulos II, III y V del Título IV de la Ley Orgánica 12/1985, en vigor desde el 1 de junio de 1986. Estos capítulos regulaban las sanciones disciplinarias (Capítulo II del Título III), el procedimiento en las faltas leves, el procedimiento en las faltas graves (Capítulo III del Título IV) y los recursos (Capítulo V del Título IV).

El 28 de mayo de 1986, la Representación permanente de España ante el Consejo de Europa confirmó el mantenimiento de la reserva a los artículos 5 y 6 del Convenio por incompatibilidad de estas disposiciones con esta nueva Ley<sup>1</sup>, en los siguientes términos:

“Al ratificar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por instrumento de 29 de septiembre de 1979, España se reservó la aplicación de los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado II y en el título XXIV del Tratado III del Código de Justicia Militar.

Tengo el honor de informarle para su traslado a las Partes que las mencionadas disposiciones del Código de Justicia Militar han sido sustituidas por las contenidas en el Capítulo II del Título III y los capítulos III y V del Título IV de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el uno de junio del año actual.

La nueva redacción 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 y 6 en la medida en que fueran todavía incompatibles con las disposiciones que se relacionan con el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y que se contienen en el Capítulo II del Título III y los capítulos II, III y V del Título IV de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas que entrara en vigor el día 1 de junio de 1986.”

21. Esta modificación de la reserva fue publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 30 de septiembre de 1986.

22. El día 3 de febrero de 1999, la Ley Orgánica 8/1998 entró en vigor, sustituyendo de esta manera a la Ley Orgánica 12/1985. El Título III de esta ley está dedicada a las faltas y sanciones disciplinarias, y el Título IV al procedimiento en las faltas, tanto para las faltas leves, (Capítulo II) como para las graves (Capítulo III).

El 23 de mayo de 2007, el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de España informó al Consejo de Europa sobre la actualización de la reserva formulada a los artículos 5 y 6 del Convenio. Esta actualización, registrada ante la Secretaría General del Consejo de Europa, se leía de la siguiente manera:

España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida en que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre – Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV-, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999. »

23. Esta modificación de la reserva fue publicada en el BOE de 7 de noviembre de 2007.

24. El día 20 de febrero de 2015, se registra ante la Secretaría General del Consejo de Europa una actualización de la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio a

---

1. Para una aplicación de esta reserva conforme a la modificación operada por la Ley Orgánica 1985, ver *Rosa Recuerda c. España*, nº 16615/90, decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 1991, en la cual la Comisión declaró las quejas respecto de los artículos 5 y 6 del Convenio incompatibles *ratione materiae* con las disposiciones de éste.

través de una nota verbal de la Representación permanente de España de 19 de febrero de 2015. Esta declaración está así redactada:

“La Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, ha sido sustituida por la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, promulgada el día 4 de diciembre de 2014 y que entró en vigor el día 5 de marzo de 2015. Esta Ley Orgánica 8/2014 deroga la Ley Orgánica 8/1998, reduce el límite máximo de la sanción de arresto por faltas leves y graves, así como del arresto preventivo, manteniendo el límite máximo de sesenta días para la sanción de arresto por las faltas muy graves, que pueden ser impuestas sin intervención judicial previa y, en materia de procedimiento, avanza en el reconocimiento de las garantías y derechos personales.

En consecuencia, el Reino de España mantiene y actualiza su reserva, registrada por la Secretaría General del Consejo de Europa el 20 de febrero de 2015, en los siguientes términos:

España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio (hoy artículo 57), se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida en que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre (capítulo II del Título I, Título II, Título III, capítulo I del Título IV, Título V y Disposiciones adicionales cuarta y quinta), de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, promulgada el día 4 de diciembre de 2014 y que entrará en vigor el 5 de marzo de 2015”.

25. Esta modificación de la reserva fue publicada en el BOE el 17 de abril de 2015.

#### **D. Los textos jurídicos internacionales y europeos aplicables**

##### *1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)*

26. En su artículo 2 1) d), la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la que se adhirió España mediante Instrumento publicado en el Boletín Oficial del estado de 13 de junio de 1980, dispone lo que sigue:

“(…)

d) Se entiende por “reserva”, una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;

(…)”

27. El artículo 21 de la Convención de Viena, sobre los efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas, está así redactado:

“1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma, y

b) modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

(…)”

28. El artículo 22 de la Convención de Viena, sobre el retiro de las reservas y de las objeciones a las reservas, dispone lo que sigue:

“1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado.

(...)

3. Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa:

a) el retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación;

(...)"

29. El artículo 23 de la Convención de Viena, sobre el procedimiento relativo a las reservas, se lee como sigue:

"1. La reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse a los Estados contratantes y a los demás Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado.

(...)

4. El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito."

## 2. *La Comisión de Derecho Internacional*

30. En su sexagésima tercera sesión, en el año 2011, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas aprobó una "Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados". Este texto, del que la Asamblea general de las Naciones Unidas tomó nota (resolución A/RES/68/111 de 16 de diciembre de 2013), contiene especialmente las siguientes disposiciones:

### "1. **Definiciones**

#### **1.1 Definición de las reservas**

1. Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

(...)

### **2. Procedimiento**

(...)

#### **2.5 Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas**

##### **2.5.1 Retiro de las reservas**

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado.

##### **2.5.2 Forma del retiro**

El retiro de una reserva habrá de formularse por escrito.

(...)

##### **2.5.8 Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva**

Salvo que el tratado disponga o que se acuerde otra cosa, el retiro de una reserva solo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la correspondiente notificación."

### 3. El Consejo de Europa

31. En su Recomendación nº 1671 (2004) “Ratificación de los Protocolos y retiro de las reservas y derogaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, adoptada el día 7 de septiembre de 2004, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se expresó de la siguiente manera:

“(…)

6. Al ratificar el Convenio, algunos Estados miembros han formulado una o varias reservas en aplicación del artículo 57 del Convenio y algunas de esas reservas, formuladas hace varios años, no han sido retiradas.

7. Se admiten tales reservas en la medida en que una ley, en vigor en ese momento en el territorio del Estado parte, no es conforme a una disposición particular del Convenio. No pueden por tanto tener un carácter permanente y deberían limitarse al tiempo necesario para la adaptación de la ley en cuestión al Convenio.

(…)

9. Es preciso sin embargo reconocer que numerosos Estados sí que han retirado sus reservas, declaraciones o derogaciones, tal como lo requiere la práctica. La Asamblea celebra esta actitud y felicita a los Estados en cuestión por su compromiso a favor de la protección de los derechos humanos y su respeto a los principios del Derecho internacional.

10. En consecuencia, la Asamblea recomienda al Comité de Ministros que invite a los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

(…)

10.2. a retirar las reservas formuladas al ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos previa modificación, en su caso, de la legislación que había motivado la reserva con el fin de adaptarla al Convenio, en un plazo de tres años a partir de la adopción de la presente Recomendación; (...)”

32. En respuesta a la Recomendación nº 1671 (2004) de la Asamblea Parlamentaria, adoptada el 8 de junio de 2005 en la 929ª reunión de los Delegados de los Ministros, el Comité de Ministros estimó que convenía alentar a todas las Partes contratantes a retirar las reservas al Convenio o a sus Protocolos (ver el documento CM/AS(2005)Rec1671-final, § 2). Sin embargo, no estimó necesario establecer un plazo general de tres años para el retiro de reservas (*idem*, § 8).

## QUEJAS

33. Invocando los artículos 5 § 1 y 6 § 1 del Convenio, el demandante se queja de haber sido privado de su libertad en base a una decisión adoptada por sus superiores jerárquicos en el marco de un procedimiento disciplinario tramitado sin intervención judicial.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 5 § 1 Y 6 § 1 DEL CONVENIO

34. El demandante impugna la legalidad de su arresto, quejándose especialmente de haber sido privado de su libertad en base a una decisión adoptada por sus superiores

jerárquicos en el marco de un procedimiento disciplinario tramitado sin intervención judicial. Invoca los artículos 5 § 1 y 6 § 1 del Convenio, así redactados:

**Artículo 5**

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente;

(...)”

**Artículo 6**

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa (...) por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá (...)obre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

(...)”

35. El Gobierno rebate esta tesis.

**A. Tesis de las partes**

*1. La excepción preliminar respecto de la reserva de España a los artículos 5 y 6 del Convenio*

36. El Gobierno invoca a título preliminar la reserva formulada por España a los artículos 5 y 6 del Convenio. Indica que esta reserva no ha sido suspendida durante el lapso de tiempo transcurrido entre el 3 de febrero de 1999 (fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998) y el 23 de mayo de 2007 (fecha en la que la Secretaría General del Consejo de Europa registra la modificación o actualización de la reserva). Sostiene que la única reserva existente es la que fue formulada en el momento de depósito del instrumento de ratificación del Convenio por España en 1979, ya que no es posible formular reservas en ningún otro momento posterior de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 § 1 del Convenio. Indica que España sólo comunicó con posterioridad simples “actualizaciones” de la reserva, no nuevas reservas.

37. Según el Gobierno, la reserva que nos ocupa en este asunto tiene un carácter concreto puesto que se refiere a la tipificación jurídica, a las sanciones y a la imposición y cumplimiento de sanciones disciplinarias militares. Dicha reserva contendría una breve referencia a las disposiciones internas afectadas. Su finalidad sería salvaguardar el interés público que supondría el buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas al preservar la disciplina militar. La Ley interna objeto de la reserva no habría dejado de estar vigente en ningún momento. Según el Gobierno, el Código de Justicia Militar de 1945 ha sido sustituido sucesivamente por las Leyes Orgánicas de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que regularían la misma materia que la que es objeto de la reserva. Por otra parte, las Leyes sucesivas habrían atribuido de forma progresiva más garantías materiales y procesales a los militares.

38. El Gobierno sostiene que el requisito que establece el art 57 § 2 (que cualquier reserva efectuada debe contener “una breve referencia a las normas legales a las que se refiere”) se ha cumplido en el momento en que se formuló inicialmente la reserva, ya

que en la misma se habría detallado las normas específicamente afectadas. Estima que esta manera de proceder – es decir, con indicación de las leyes a las que la reserva se refiere es mucho más precisa que el estándar mínimo que exige el TEDH en la materia, y cita en este sentido el caso *Chorherr c. Austria* (25 de agosto de 1993, §§ 13, 18-20, serie A nº 266-B). Indica que esta obligación también ha sido cumplida posteriormente, ya que las Leyes que se han sucedido habrían sido comunicadas al Consejo de Europa. Añade que, en la actualidad – momento en el que el TEDH debe pronunciarse sobre el alcance de la reserva–, todos los cambios legales han sido debidamente comunicados a los órganos del Consejo de Europa y que estos no pueden desconocer su existencia. Indica que, en su sentencia *Dacosta Silva* (anteriormente citada, § 35), el TEDH constató que España no había aún notificado al Consejo de Europa la entrada en vigor de la Ley de 1998, y estima que no se puede extraer de esa afirmación realizada por el TEDH – que por cierto se refería a un miembro de la Guardia Civil, no a un militar – que la reserva en cuestión había dejado de estar en vigor.

39. El Gobierno alega que el hecho de que un lapso de tiempo haya transcurra entre la entrada en vigor de la Ley de 1998 y la notificación de la modificación de la reserva al Consejo de Europa no quiebra la seguridad jurídica de los militares, ni de los ciudadanos en general, puesto que se habrían publicado las disposiciones legislativas en cuestión en el BOE, conforme exige el Derecho interno. Aclara que los actos de comunicación de actualización o modificación de una reserva no se dirigen a los ciudadanos del Estado, sino a las otras Partes contratantes y a los órganos del Convenio, especialmente al TEDH.

40. Para el Gobierno, la tesis del demandante, que consideraría que el retraso del Estado en comunicar la modificación de la reserva ha tenido un efecto suspensivo sobre la propia reserva, no tiene ninguna base legal, ni en el propio Convenio, ni en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A este respecto, el Gobierno indica que, de acuerdo con el artículo 22 de esta Convención, el retiro o la suspensión de la reserva exige una declaración de voluntad expresa del Estado, la cual no habría sido manifestada en este caso. Añade que los actos tácitos de un Estado no pueden tener como efecto la suspensión de la eficacia de una reserva en vigor.

41. El demandante precisa que defiende la tesis según la cual la reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio ya no existía en relación con la Ley Orgánica 8/1998, y no la que consiste en decir que se había suspendido la reserva en el periodo comprendido entre el 3 de febrero de 1999 y el 23 de mayo de 2007. Considera que el presente asunto atañe a nuevas reservas formuladas siempre en función de las modificaciones legislativas acaecidas, no a una única reserva modificada sucesivamente. Estima que, en ausencia de una nueva reserva en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, la reserva inicial no podía ya existir. Sostiene que no se puede aceptar la aplicación extensiva de una reserva preexistente a una Ley posterior o la aplicación retroactiva de una nueva reserva, atacando por ese motivo la posición defendida por el Gobierno. A sus ojos, tal enfoque sería contrario al respeto de la seguridad jurídica – especialmente de los militares –, a la buena fe, al principio de confianza legítima y al principio según el cual las reservas en materia de derechos humanos deben ser excepcionales.

42. Por otra parte, el demandante discute el argumento del Gobierno según el cual la ley interna objeto de la reserva no ha dejado en ningún momento de estar vigente, y remite a este respecto a las cláusulas derogatorias incluidas en las leyes orgánicas sucesivas de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.

2. *Las demás excepciones preliminares planteadas por el Gobierno*

43. El Gobierno sostiene que los recursos internos no se han agotado, vulnerando, según él, el artículo 35 § 1 del Convenio. Indica en particular que el demandante habría podido solicitar la suspensión – por vía administrativa – del cumplimiento de la sanción durante el examen de su recurso.

44. Invocando el artículo 35 § 3 b) del Convenio (ausencia de “perjuicio importante”), y subsidiariamente el artículo 37 § 1 b) del Convenio (resolución del litigio), el Gobierno indica que el demandante no ha demostrado si el cumplimiento de la sanción se había producido con anterioridad o posterioridad al fallo de la primera decisión judicial. Estima que la circunstancia de que la sanción haya sido impuesta por un órgano administrativo, no por un tribunal, no ha modificado el alcance de esta sanción ya que, según él, un tribunal hubiera podido tipificar la falta cometida como grave o muy grave, en vez de leve. Concluye que, en cualquier caso, una vez confirmada la sanción por los órganos judiciales a los que recurrió el interesado, la presunta violación del Convenio, que hubiera revestido un carácter puramente formal, ha cesado.

45. En cuanto a la excepción respecto del no agotamiento de los recursos internos, el demandante replica que, de acuerdo con el artículo 67 de la Ley Orgánica 8/1998 (sobre las sanciones disciplinarias inmediatamente ejecutivas), las sanciones disciplinarias se cumplen inmediatamente y que una solicitud de suspensión del cumplimiento o del aplazamiento de la misma ante los órganos judiciales no se puede considerar como un recurso efectivo.

46. Por lo que respecta a la última excepción preliminar (ausencia de “perjuicio importante” y resolución del litigio alegadas por el Gobierno), el demandante afirma que la cuestión a tratar en este caso no es la de saber si existe hoy una violación de los artículos 5 y 6 del Convenio: según él, se trata de determinar si, en la fecha de la imposición de la sanción por parte de sus superiores jerárquicos, existía una reserva que modificara esas disposiciones con respecto a España, que hubiera podido dar una “cobertura legal” a dicha sanción. El demandante sostiene que la vulneración de las garantías procesales (derechos de defensa y a no declarar contra sí mismo) que habría sufrido durante el procedimiento sancionador no podía en ningún caso ser reparada mediante la intervención *a posteriori* de las jurisdicciones que tengan que conocer de sus recursos. A este respecto, indica que ha cumplido la sanción de arresto inmediatamente después de que se adoptara la decisión administrativa en su contra y, por tanto, con anterioridad a que los tribunales resolvieran sus recursos.

## B. Valoración del TEDH

### 1. Los principios generales en materia de reservas

47. El TEDH recuerda que una reserva, para ser válida, debe cumplir los siguientes requisitos: 1) se debe formular en el momento en que se firma o ratifica el Convenio o sus Protocolos; 2) debe concernir a una disposición particular del Convenio 3) debe referirse a leyes determinadas vigentes en el momento de la ratificación; 4) no debe revestir un carácter general; 5) debe contener una breve exposición de la ley a la que se refiere (*Pöder y otros c. Estonia* (decisión), nº 67723/01, CEDH 2005-VIII, *Liepājnieks c. Letonia* (decisión), nº 37586/06, § 45, 2 de noviembre de 2010, y *Schädler-Eberle c. Liechtenstein*, nº 56422/09, § 60, 18 de julio de 2013).

48. El TEDH ha tenido la oportunidad de aclarar que el artículo 57 § 1 del Convenio exige por parte de los Estados contratantes “precisión y claridad”, y que al solicitarles la presentación de una breve exposición de la ley en cuestión, no se les impone un “simple requisito formal” sino que se les dicta un “requisito de fondo” que constituye “simultáneamente un elemento de prueba y un factor de seguridad jurídica” (*Belilos c. Suiza*, 29 de abril de 1988, §§ 55 y 59, serie A nº 132, *Weber c. Suiza*, 22 de mayo de 1990, § 38, serie A nº 177, y *Eisenstecken c. Austria*, nº 29477/95, § 24, CEDH 2000-X). Esta disposición pretende ofrecer, especialmente a las Partes contratantes y a los órganos del Convenio, la garantía de que la reserva no va más allá de las disposiciones explícitamente excluidas por el Estado afectado (*Belilos*, § 59, y *Dacosta Silva*, § 37, anteriormente citadas).

49. El TEDH recuerda lo dicho en su sentencia *Chorherr* (anteriormente citada, § 20) sobre que la regla en cuestión no exigía sin embargo una descripción, incluso sucinta, de la sustancia de los textos en cuestión. Ha estimado así, que la remisión al Boletín Oficial Federal— precedido, por cierto, de una mención del objeto de los textos en cuestión — cumplía con el requisito al que se refiere el artículo 57 § 2 del Convenio (ver también *Steck-Risch c. Liechtenstein* (decisión), nº 63151/00, CEDH 2004-II). Al contrario, ha considerado que una reserva que se refería simplemente a una disposición facultativa, no restrictiva, de la Constitución, y que no mencionaba las disposiciones específicas que excluyen la publicidad de los debates, no satisfacía las exigencias del artículo 57 § 2 del Convenio (*Eisenstecken*, anteriormente citada, § 29, CEDH 2000-X, y *Gradinger c. Austria*, 23 de octubre de 1995, § 51, serie A nº 328-C; ver también *Grande Stevens y otros c. Italia*, nº<sup>os</sup> 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 y 18698/10, § 210, 4 de marzo de 2014, que atañía a una reserva que no se refería a las disposiciones específicas del orden jurídico italiano que excluían infracciones o procedimientos del ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo nº 7 al Convenio y que tampoco aludía a estas disposiciones).

50. El TEDH recuerda, además, que por “reserva de carácter general”, el artículo 57 del Convenio entiende especialmente una reserva redactada en términos demasiado amplios o imprecisos para que se pueda apreciar el sentido y el ámbito de aplicación exacta. La redacción de la formulación debe permitir valorar exactamente el alcance del compromiso del Estado contratante, particularmente en cuanto a las categorías de litigios a los que se refiere, y no se debe prestar a distintas interpretaciones (*Belilos*, anteriormente citada, § 55, y *Steck-Risch* (decisión anteriormente citada)).

51. A este respecto, el TEDH recuerda que incluso importantes dificultades prácticas en la indicación y descripción de todas las disposiciones afectadas por la reserva no pueden justificar el incumplimiento de los requisitos dictados en el artículo 57 del Convenio (*Liepājnieks*, decisión anteriormente citada, § 54).

52. En cuanto a la regla según la cual únicamente las leyes “entonces vigentes” en el momento de la ratificación pueden ser objeto de una reserva, el TEDH ha considerado que no se satisfacía esta exigencia cuando la nueva disposición legislativa no era principalmente la misma que la que estaba vigente en tanto en cuanto tenía como objetivo extender el alcance de la reserva (ver, por ejemplo, *Fischer c. Austria*, 26 de abril de 1995, § 41, serie A n° 312, relativa a la introducción de un artículo que ampliaba la facultad de las jurisdicciones nacionales para rechazar la celebración de debates; ver también *Stallinger y Kuso c. Austria*, 23 de abril de 1997, § 48, Compendio de sentencias y decisiones 1997-II). En cambio, el TEDH ha aceptado la aplicabilidad de una reserva a una ley posterior, en tanto en cuanto la misma “[no iba] más lejos que una ley vigente en la fecha de dicha reserva” (*Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25 de febrero de 1982, § 37, serie A n° 48, al tratarse de una ley que reproducía pura y simplemente una cláusula de la ley anterior cubierta por la reserva; ver también *Schädler-Eberle*, anteriormente citada, §§ 61 y 73, al tratarse de una modificación legislativa que no extendía el alcance de la reserva expresada y que no había dado lugar a una modificación formal de la misma ante el Consejo de Europa).

53. El TEDH sigue manteniendo la potestad de comprobar si la reserva en cuestión es válida y conforme a las exigencias del artículo 57 del Convenio; si la considera válida, no está habilitada para examinar la conformidad de las disposiciones legales de las que son objeto con los artículos del Convenio a los que afecta la reserva en cuestión (*Slivenko y otros c. Letonia* (decisión.) [GS], n° 48321/99, § 60, CEDH 2002-II (extractos)).

## 2. Aplicación de los antedichos principios a este caso

54. El TEDH señala que, al depositar el instrumento de ratificación del Convenio en 1979, España formuló, con arreglo al actual artículo 57 (antiguo artículo 64) del Convenio, una reserva a los artículos 5 y 6 del Convenio por incompatibilidad de los mismos con las disposiciones del Código de Justicia Militar sobre el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (ver más arriba “La reserva española con respecto a la aplicación de los artículos 5 y 6 del Convenio en materia de disciplina militar”). Apunta a continuación que esta reserva fue actualizada en 1986, al entrar en vigor la Ley Orgánica 12/1985 (párrafo 20 anterior; ver también *Rosa Recuerda c. España*, n° 16615/90, decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 2 de diciembre de 1991).

55. El TEDH observa, sin embargo, que la Ley Orgánica 12/1985 fue sustituida por la Ley Orgánica 8/1998, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999 (párrafo 22 anterior). La reserva española a los artículos 5 y 6 del Convenio sólo fue actualizada en base a esta Ley el 23 de mayo de 2007, cuando el Ministerio de Asuntos Exteriores informó al Consejo de Europa de la actualización de la reserva (párrafo 22 anterior).

56. El TEDH apunta que, el día 22 de febrero de 2006, el demandante fue objeto de un arresto en el marco de un procedimiento sancionador incoado contra él, con arreglo a

los artículos 7 § 9 y 9 § 1 inciso 3 de la Ley orgánica 8/1998. Es preciso comprobar entonces si la base legal sobre la cual las autoridades internas han fundado esta sanción, a saber la Ley orgánica 8/1998, estaba cubierta por la reserva española.

57. A este respecto, el TEDH observa que el objeto de la reserva española era el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, que se regía por el Código de Justicia Militar en el momento de la formulación de la reserva (expresada en 1979), y después por la Ley Orgánica 12/1985, que España comunicó al Consejo de Europa en 1986. En 2006, en el momento de los hechos, el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas estaba establecido por la Ley Orgánica 8/1998, de la que no se informó al Consejo de Europa hasta el 23 de mayo de 2007. En la actualidad, el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas se rige por la Ley Orgánica 8/2014 de 4 de diciembre de 2014, de la que fue informado el Secretariado General del Consejo de Europa el 20 de febrero de 2015 mediante nota verbal de la Representación Permanente de España ante el Consejo de Europa (párrafo 24 anterior).

58. El TEDH recuerda que, de acuerdo con el artículo 57 § 1 del Convenio, únicamente las leyes “entonces vigentes” en el territorio de un Estado contratante pueden ser objeto de una reserva (*Dacosta Silva*, anteriormente citada, § 37). A este respecto observa que la Ley Orgánica 8/1998 no estaba en vigor ni en 1979, fecha de la reserva, ni en 1986, fecha de la última actualización de la misma, anterior al arresto impuesto al demandante.

59. El TEDH apunta sin embargo que la Ley Orgánica 8/1998, aplicada en el presente asunto en lo que interesa (artículos 7 § 9, 9 § 1 inciso 3, 13 y 67), no hace más que reproducir pura y simplemente las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 cubierta por la actualización de la reserva de 1986 (artículos 8 § 8, 10, 14 y 46). Estas disposiciones trataban especialmente sobre las sanciones disciplinarias aplicables en caso de faltas leves, y más particularmente sobre los arrestos de uno a treinta días en domicilio o en la unidad. La Ley orgánica 12/1985, tal como lo recordaba la actualización de la reserva del 28 de mayo de 1986 comunicada por España al Consejo de Europa, ya había disminuido la duración de las sanciones privativas de libertad previstas por el antiguo Código de Justicia Militar de 1945 que se podían imponer sin intervención judicial. Así, por ejemplo, el arresto aplicable en caso de falta leve había pasado de un máximo de dos meses (párrafo 19 anterior) a un máximo de treinta días. En estas circunstancias, no se puede considerar que las disposiciones que interesan en este caso de la nueva Ley de 1998 hayan extendido el alcance de la reserva formulada en 1979 y actualizada en 1986 (comparar con *Campbell y Cosans*, anteriormente citada, § 37, y *Schädler-Eberle*, anteriormente citada, §§ 61 y 73; ver, *de contrario*, *Fischer*, anteriormente citada, § 41). Estas disposiciones tenían por otra parte el mismo ámbito de aplicación personal que el de las leyes anteriores amparadas por la reserva, es decir los miembros de las Fuerzas Armadas (ver, *de contrario*, *Dacosta Silva*, anteriormente citada, §§ 35-36, al tratarse de una ley relativa al régimen disciplinario específico de los miembros de la Guardia Civil). En la medida en que las nuevas disposiciones legislativas eran sustancialmente las mismas que las que estaban vigentes en el momento de la ratificación del Convenio, el TEDH sólo puede aceptar la aplicabilidad de la reserva inicial de 1979 a las disposiciones en cuestión de la Ley Orgánica 8/1998.

60. Además, el TEDH no puede estar de acuerdo con la tesis del demandante según la cual la demora del Estado español en comunicar la modificación formal de la reserva, desde el 3 de febrero de 1999 (fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998) hasta el 23 de mayo de 2007 (fecha de la actualización de la reserva) ha acarreado durante ese lapso de tiempo la no aplicabilidad o la no existencia de la reserva de 1979. Tal como el Tribunal Supremo español lo ha señalado, aceptar esta tesis equivaldría a otorgar a una ausencia de notificación al Consejo de Europa de una modificación de la ley inicialmente amparada por la reserva los mismos efectos que a una retirada formal de la reserva. Sin embargo el TEDH ya ha tenido la ocasión de aclarar que una reserva formulada con arreglo al artículo 57 del Convenio sigue siendo válida hasta que no la retira el Estado demandado (*Schädler-Eberle*, anteriormente citada, § 70). Esta práctica es por otra parte conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (párrafos 28 y 29 anteriores), según la cual el retiro de una reserva debe ser formulada por escrito y reviste un carácter formal.

61. El TEDH desea sin embargo subrayar que la notificación formal al Consejo de Europa de la modificación de una reserva a raíz de una reforma legislativa por un Estado contratante es un elemento de seguridad jurídica. Tal notificación tiene como objetivo permitirle comprobar que las modificaciones legislativas posteriores introducidas por ese Estado no amplían el alcance de la reserva inicial y que la reserva es válida y conforme a las exigencias del artículo 57 del Convenio. El TEDH recuerda que, en este ámbito, los Estados contratantes deben dar prueba de “precisión y claridad” (*Belilos*, anteriormente citada, § 55).

62. El TEDH debe por último examinar la validez de la reserva española con respecto a las condiciones establecidas en el artículo 57 del Convenio distintas de las que exigen que la reserva se haga en el momento de la ratificación del Convenio y que se refieran a leyes “entonces vigentes”.

Apunta en primer lugar que la reserva que aquí nos ocupa remite a disposiciones específicas del Convenio, a saber los artículos 5 y 6.

Observa a continuación que no ha sido alegado por el demandante que la reserva presentara un “carácter general” en el sentido de la segunda frase del artículo 57 § 1 del Convenio. La reserva indicaba con suficiente claridad que su objeto era la aplicación de los artículos 5 y 6 del Convenio en la medida en que estos fueran incompatibles con las disposiciones legislativas relativas al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Por último, sobre la cuestión de si la reserva contenía una “breve exposición de la ley en cuestión” en el sentido del artículo 57 § 2 del Convenio, el TEDH constata, por una parte, que la reserva inicial de 1979 contenía una breve exposición de las disposiciones legislativas a las que se refería (párrafo 18 anterior) y, por otra parte, que la actualización de la reserva de 1986 precisaba que la Ley Orgánica 12/1985 había disminuido la duración de las sanciones privativas de libertad que se pueden imponer sin intervención judicial e incrementado las garantías personales durante la instrucción (párrafo 20 anterior). Los dos textos, así como la actualización de 2007, mencionaban explícitamente las disposiciones concretas (títulos, capítulos de la ley) a las que se referían. De esta manera, la reserva aportaba una salvaguardia contra cualquier interpretación que hubiera ampliado indebidamente su ámbito de aplicación. Estos elementos le bastan al TEDH para concluir que la reserva en cuestión era conforme al artículo 57 del Convenio.

63. Por cuanto antecede, el TEDH estima que, en la medida en que la reserva formulada por España a los artículos 5 y 6 del Convenio era aplicable a las disposiciones en cuestión de la Ley Orgánica 8/1998, no procede el examen de la queja del demandante relativa a la privación de libertad que éste habría padecido en base a una decisión acordada por sus superiores jerárquicos sin intervención judicial previa.

64. De ahí que la demanda sea incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio en el sentido del artículo 35 § 3 a) y que deba ser rechazada en aplicación del artículo 35 § 4. Esta conclusión exige al TEDH de examinar las demás excepciones de inadmisibilidad planteadas por el Gobierno.

Por estos motivos, el TEDH, por unanimidad,

*Declara* la demanda inadmisibile.

Hecho en francés, y comunicado posteriormente por escrito el día 23 de febrero de 2017.

Stephen Phillips  
Secretario

Helena Jäderblom  
Presidenta

Nota: Todas las citas referentes a resoluciones de los Tribunales españoles, así como a leyes y/o disposiciones nacionales y Convenios y Tratados internacionales, son transcripciones de los originales en español de dichos documentos.