



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2015/ 2016

Convocatoria: Junio

## **LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 17.1 CE EN LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y MILITAR: LA DETENCIÓN Y EL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS".**

### **PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FREEDOM RECOGNISED IN ARTICLE 17.1 CE IN THE ORDINARY AND MILITARY JURISDICTION: DETENTION AND "HABEAS CORPUS" PROCEEDINGS.**

**Realizado por el alumno:** Iván Jesús Rodríguez Pérez

**Tutorizado por la Profesora:** D<sup>a</sup> Juana Pilar Rodríguez Pérez

**Departamento:** Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

**Área de conocimiento:** Derecho Procesal.

## ABSTRACT

The infringement of fundamental rights undoubtedly involves an attack on the rule of law that Spaniards benefit from.

This dissertation begins with an introduction on the general characteristics of the restrictive precautionary measures on fundamental rights. Based on the current legislation, the jurisprudence and the doctrine, this work will analyze the precautionary measure of Detention, the limiting on the fundamental right of Freedom of Movement and the procedure of Habeas Corpus, which is initiated when an illegal detention occurs.

The main purpose of this argumentation is to study the similarities and differences between the practice of the precautionary measure of Detention in the ordinary and military jurisdiction, while evaluating the procedure of Habeas Corpus in both jurisdictions.

## RESUMEN

La vulneración de derechos fundamentales supone, sin duda, un ataque al Estado de Derecho que disfrutamos los españoles.

El trabajo que se presenta comienza con una introducción sobre las características generales de las medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales, para centrarse, posteriormente, en analizar con base en la normativa vigente, en la jurisprudencia y en la doctrina, la medida cautelar de Detención, limitativa del derecho fundamental de libertad de movimiento y el Procedimiento de Habeas Corpus, procedimiento que se pone en marcha como consecuencia de una detención ilegal.

El objeto del trabajo es estudiar las similitudes y diferencias entre la práctica de la medida cautelar de Detención en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción militar, estudiando de la misma manera, el Procedimiento de Habeas Corpus en ambas jurisdicciones.



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



*“Una injusticia hecha al individuo  
es una amenaza hecha a toda la sociedad”*

**Charles Louis de Secondat (Montesquieu)**



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



*En primer lugar, agradecer la oportunidad que me ha dado la profesora  
Dña. Juana Pilar, sin ella este trabajo no hubiera sido posible.*

*En segundo lugar, agradecer a mi Capitán de infantería D. Víctor Emiliano  
González Goñi por armarse de paciencia conmigo, como si de una  
guerra se tratara.*

*Y por último, agradecer a los siete innumerables y a la gran familia que  
me ha tocado, por el apoyo recibido.*

## ÍNDICE

---

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I. LAS MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>5</b>
<b>1. BREVE REFERENCIA A SUS ASPECTOS GENERALES.....</b>	<b>5</b>
1.1. Concepto. ....	5
1.2. Finalidad. ....	5
1.3. Presupuestos.....	6
1.4. Elementos.....	7
<b>2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR.....</b>	<b>8</b>
2.1. Potestad jurisdiccional <i>versus</i> potestad disciplinaria. ....	8
2.2. La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. ....	9
2.3. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.....	10
<b>CAPÍTULO II.- LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN.....</b>	<b>12</b>
<b>1. CONCEPTO Y CARACTERES.....</b>	<b>12</b>
<b>2. LA DETENCIÓN EN LA LECRIM.....</b>	<b>13</b>
2.1. Modalidades de detención. ....	14
2.1.1. La detención por particulares.....	14
2.1.2. La detención por autoridad policial. ....	15
2.1.3. La detención judicial. ....	20
<b>3. LA DETENCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 2/1989, DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR. ....</b>	<b>22</b>
3.1. Consideraciones Generales.....	22
3.1.1. Características de la detención.....	23
3.1.2. El procedimiento de la detención.....	24
3.1.3. Peculiaridades de la detención practicada a militares.....	26
3.2. La detención en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. ....	28
3.2.1. Características de la Detención. ....	28
3.2.2. Sanciones disciplinarias susceptibles de arresto. ....	29
3.2.3. Cumplimiento del arresto.....	30
<b>CAPÍTULO III.- EL PROCEDIMIENTO "HABEAS CORPUS". ....</b>	<b>32</b>
<b>1. FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS".....</b>	<b>32</b>
<b>2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS".....</b>	<b>33</b>

<b>3. COMPETENCIA OBJETIVA, TERRITORIAL Y FUNCIONAL</b> .....	<b>34</b>
3.1. Competencia Objetiva. ....	34
3.2. Competencia Territorial.....	34
3.3. Competencia Funcional.....	35
<b>4. PROCEDIMIENTO</b> .....	<b>35</b>
4.1. Iniciación. ....	35
4.2. Fase intermedia. ....	36
4.3. Finalización.....	37
<b>5. PECULIARIDAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR DEL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS"</b> .....	<b>37</b>
5.1. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. ....	38
5.2. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.....	38
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>42</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>46</b>

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo se centra en dos instituciones jurídicas básicas, la medida cautelar de la Detención y el Procedimiento "Habeas Corpus", formando ambas, parte del núcleo principal del Estado Social y de Derecho que actualmente disfruta el territorio español.

El estudio conjunto de ambas instituciones responde a la necesidad de comprender que una no se entiende sin la otra, así pues, no se puede estudiar el Procedimiento "Habeas Corpus" de forma individualizada, ya que carecería de su fundamento, la medida cautelar de la Detención.

Partiendo de un concepto de detención muy simple, puede definirse como una medida cautelar que afecta a la libertad deambulatoria, limitadora del derecho constitucional establecido en el art. 17 de la Constitución Española (en adelante CE), el derecho a la libertad personal.

Es prolífica la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), interpretar el mencionado artículo constitucional.

Asimismo, el Procedimiento "Habeas Corpus, regulado en el art. 17.4 CE y en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento "Habeas Corpus", garantizando en forma de procedimiento especial en los casos en que la detención se haya practicado incumpliendo alguno de los requisitos legalmente establecidos.

En el presente trabajo se estudian las diferencias de la medida cautelar de la Detención y el Procedimiento "Habeas Corpus" en la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción militar.

Hay que destacar el giro que se ha producido en el ordenamiento jurídico español provocando un acercamiento entre ambas Jurisdicciones.

Ejemplo de ello es la última reforma que entró en vigor en octubre de 2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que originariamente establecía: *"La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio...<sup>1</sup>"*, y que tras la reforma introducida por la LO 7/2015 establece: *"Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran Justicia en el*

---

<sup>1</sup> Artículo 3.2 LOPJ antes de la reforma establecida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ que sigue *"de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 9, apartado 2, de esta Ley"*.

*ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares”.*

Como resultado de la reforma puede surgir la siguiente cuestión ¿este cambio significa que al quedar integrada en el Poder Judicial la Jurisdicción Militar ha quedado atrás la histórica diferencia entre ambas Jurisdicciones y que como consecuencia las normas procesales penales les obligan por igual?

En este trabajo, y por lo que se refiere a la medida cautelar de la Detención y al Procedimiento de “Habeas Corpus” se intentará dar respuesta a la cuestión planteada.



## **CAPÍTULO I. LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

### **1. BREVE REFERENCIA A SUS ASPECTOS GENERALES.**

#### **1.1. Concepto.**

El art. 117.3 CE establece *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...”*. Para garantizar la ejecución de la sentencia el legislador penal ha regulado una serie de medidas cautelares.

Partiendo de la definición dada por GIMENO SENDRA, *“las medidas cautelares son aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse en el curso de un procedimiento penal contra el investigado por un delito de tal gravedad que haga presumir su riesgo de fuga o su ocultación personal o patrimonial, por lo que se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”*<sup>2</sup>.

En el presente trabajo se estudia la Detención, medida cautelar de carácter personal, limitativa del derecho fundamental a la libertad de movimiento, de ahí, que también se le denomine medida coercitiva<sup>3</sup>.

#### **1.2. Finalidad.**

El fin que persigue las medidas cautelares en el proceso penal es garantizar o asegurar que la sentencia dictada por el Tribunal, y cuando el pronunciamiento es de condena, pueda ejecutarse.

Asimismo establece el Tribunal Constitucional (en adelante TC) que la finalidad perseguida con la adopción de dichas medidas no es otra que la de garantizar que la persona contra la que se dirige el proceso no intente sustraerse a la acción de la justicia y que la adopción o no de medidas cautelares, la elección de las mismas, e incluso su cuantificación, ha de hacerse en atención al mayor o menor número de probabilidades de que tal evento se produzca, siempre y cuando el órgano judicial justifique<sup>4</sup>.

De no existir las medidas cautelares en el Proceso penal difícilmente podrían ejecutarse las sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales ya que la persona contra la que se dirige el procedimiento penal puede sustraerse a la acción de la justicia.

---

<sup>2</sup> GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, ed., Thomson Reuter, Pamplona, 2012, pág. 557.

<sup>3</sup> Otras medidas coercitivas, además de la Detención (art. 489 y ss. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.), la Prisión Provisional (art. 502 y ss. LECrim.), la Libertad Provisional (art. 528 y ss. LECrim.)

<sup>4</sup> STC 85/1989 de 10 mayo. FJ. Primero.

Por tanto, las medidas cautelares se establecen con una doble finalidad, garantizar el normal desarrollo del proceso penal y además asegurar la presencia de la persona investigada- acusada o sujetar sus bienes al proceso, en cuyo caso las medidas serán cautelares reales, con la finalidad de garantizar la ejecución de la posible sentencia condenatoria que se dicte.

### **1.3. Presupuestos.**

En base al estudio jurisprudencial, el Auto de la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Salamanca 65/2011 de 21 febrero hace un interesante examen de la concurrencia de los requisitos legales de las medidas cautelares.

En primer lugar el "*fumus boni iuris*" o apariencia de buen derecho, en el proceso penal dice el mencionado Auto, tratándose de la futura actuación del "*ius punendi*", como consecuencia de la comisión de un delito, que, al propio tiempo, es fuente de la obligación civil, estriba precisamente en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada<sup>5</sup> .

"Las medidas cautelares habrán de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión<sup>6</sup> .

Debe haber pues, indicios suficientes para creer sin entrar en el fondo del asunto, que el sujeto al que se le atribuye la comisión de un delito, es responsable y por consiguiente, es necesario la adopción de alguna medida cautelar.

En segundo lugar, el "*periculum in mora*" o peligro por la mora procesal, viene determinado, en el proceso penal, por el "peligro de fuga" o de ocultación personal o patrimonial del imputado<sup>7</sup> .

Por consiguiente, si no se aplicaran las correspondientes medidas cautelares, podrían producirse acontecimientos que imposibilitaran o dificultaran el efectivo ejercicio de la tutela judicial.

Asimismo, para mayor abundamiento, la AP de Tarragona establece igualmente que este segundo presupuesto puede ser entendido como peligro de que con el transcurso

---

<sup>5</sup> Auto AP de Salamanca 65/2011 de 21 febrero. FJ. Segundo.

<sup>6</sup> Auto Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 6 octubre 2006. FJ. Cuarto.

<sup>7</sup> Auto AP Salamanca 65/2011 de 21 febrero. FJ. Segundo.

del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o grave daño por el retraso en su ejecución<sup>8</sup>.

#### **1.4. Elementos.**

En cuanto a los elementos que caracterizan a las medidas cautelares, con base en la doctrina y también atendiendo a la jurisprudencia, cuatro son los elementos necesarios que deben concurrir en una medida cautelar para que surta plenos efectos jurídicos, así, la jurisdiccionalidad, la instrumentalidad, la provisionalidad y por último la homogeneidad.

En cuanto al elemento de la jurisdiccionalidad, las medidas cautelares sólo podrán ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, y solamente en casos excepcionales, como en la detención, pueden llevarse a cabo por autoridades distintas, con la consecuencia de inmediatamente ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial<sup>9</sup>.

La instrumentalidad de las medidas cautelares se traducen en que han de estar supeditadas a un proceso penal en curso, deben aparecer como medios o instrumentos adecuados y proporcionados al fin que persigue el proceso cuando concluya el mismo. La medida cautelar se transforma en la pena impuesta en la sentencia condenatoria o se extingue, si concluye el proceso con un auto de sobreseimiento.

En cuanto al elemento de provisionalidad, las medidas cautelares son provisionales, de suerte que durarán como máximo el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, o antes, si se cumple el plazo legalmente establecido, o se modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción<sup>10</sup>.

Y por último, el TC en su sentencia 66/1989 de 17 de abril, afirma que "la homogeneidad, radica en que las medidas cautelares, aunque no idénticas, si han de ser homogéneas con las medidas ejecutivas a las que tienden a preordenar". Además la AP de Las Palmas, al amparo de la doctrina Constitucional, afirma que "siendo la homogeneidad uno de los caracteres fundamentales de las medidas cautelares con las medidas ejecutivas, es decir, que anticipan en parte los efectos de la decisión final,

---

<sup>8</sup> Auto AP de Tarragona 21/2011 de 11 febrero. FJ. Primero.

<sup>9</sup> NOYA FERREIRO, M<sup>a</sup> L., *Las medidas cautelares en el proceso penal del menor*, en Estudios penales y criminológicos, vol. XXVI, Servicio de Publicaciones de Universidad de Santiago de Compostela, n<sup>o</sup>26, 2006, pág. 167.

<sup>10</sup> Auto AP de Salamanca 100/2011 de 14 de marzo. FJ. Segundo.

resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final<sup>11</sup> .

“Las medidas cautelares deberán revestir la naturaleza de la posible pena a imponer a resultas del procedimiento, a eso responde la homogeneidad<sup>12</sup> .”

## **2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR.**

Se debe advertir que las medidas cautelares reguladas en los textos legales de aplicación en el ámbito militar, en cuanto a su concepto, finalidad, presupuestos y elementos, en nada difieren de las medidas cautelares adoptadas en la jurisdicción ordinaria, salvo, como se verá a continuación, el órgano competente para adoptarlas. Por lo tanto, en lo que se refiere a sus aspectos generales se hará una remisión a lo analizado en las páginas anteriores.

### **2.1. Potestad jurisdiccional *versus* potestad disciplinaria.**

La potestad disciplinaria “es la facultad de sancionar, y además todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los inferiores, y es que realmente la potestad disciplinaria tiene dos aspectos, es un derecho, pero al mismo tiempo es un deber indeclinable; éste doble carácter viene impuesto por la naturaleza jurídica ambivalente de la institución<sup>13</sup> .”

“El militar afectado por una medida privativa de libertad impuesta como consecuencia de una sanción disciplinaria que estime arbitraria o ilegal, tiene derecho a obtener la tutela judicial mediante el recurso al procedimiento de “Habeas Corpus”<sup>14</sup> .”

La potestad jurisdiccional reconocida en el art. 117.3 CE y art. 2.1 LOPJ, otorga Jueces y Magistrados el ejercicio exclusivo de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, Jueces y Magistrados pueden revocar resoluciones que la correspondiente Autoridad Militar ha impuesto en virtud del ejercicio de la potestad disciplinaria, por tanto, no puede discutirse el mayor alcance de la potestad jurisdiccional frente a la potestad disciplinaria militar.

---

<sup>11</sup> Auto AP de Las Palmas 192/2014 de 10 octubre. FJ. Segundo.

<sup>12</sup> Auto AP de Madrid 1100/2011 de 18 noviembre. FJ. Segundo.

<sup>13</sup> ROJAS CARO, J., Derecho Disciplinario Militar, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 119.

<sup>14</sup> STC 194/1999, de 15 noviembre. FJ. Tercero.

## 2.2. La Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Ya en el preámbulo de la Ley Orgánica 2/1989 Procesal Militar (en adelante LOPM) se establece la posibilidad de acordar medidas cautelares en orden al aseguramiento de las personas durante la tramitación de las diligencias previas.

Estas medidas cautelares vienen reguladas en el Capítulo VII, Título II, Libro II bajo la rúbrica *“De las medidas cautelares sobre personas”*, que a diferencia de las medidas cautelares reales que recaen sobre cosas, las personales recaen exclusivamente sobre las personas, en concreto, sobre la personas del imputado<sup>15</sup> o del procesado, en su caso, y abarcan toda una serie de posibilidades que giran, todas ellas, sobre su persona con una intensidad cautelar muy diversa según la medida a adoptar<sup>16</sup>.

La regulación sobre las medidas cautelares que se pueden adoptar en un proceso militar vienen recogidas en el Libro II, Título II, Capítulo VIII *“De las medidas cautelares sobre personas”*, artículos (199 a 239) de la LOPM.

En concreto, la LOPM regula las siguientes medidas cautelares, la citación, la detención, la prisión preventiva, la incomunicada y la atenuada y la libertad provisional.

En cuanto a la competencia judicial para acordar las medidas cautelares, a tenor del art. 141 2º párrafo LOPM *“El Juez Togado podrá acordar las medidas cautelares previstas en esta Ley y si se transforman las diligencias previas en sumario o diligencias preparatorias, lo actuado no necesitará de posterior ratificación”*.

La medida cautelar adoptada por el Juez Togado Militar será acordada mediante auto como establece el art. 143 LOPM *“El auto por el que se adopte alguna de las medidas a las que se refiere el artículo 141, será apelable por el Fiscal Jurídico Militar, por los Bandos Militares promotores del parte, por el denunciante y por el perjudicado”*.

La mencionada Ley estructura cada medida cautelar de forma individual, estableciendo disposiciones comunes a todas ellas. Por un lado, señala las medidas cautelares de aseguramiento de las responsabilidades civiles, y por otro, las medidas cautelares sobre personas.

---

<sup>15</sup> Tener en cuenta la última reforma de la LECrim. introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales en la que se sustituye el término imputado o procesado por encausado o investigado.

<sup>16</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>., Comentarios a la Ley Procesal Militar, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, Vizcaya, 1990, pág. 270.

### **2.3. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.**

Podemos definir el Derecho disciplinario militar como "aquel *corpus* normativo que contiene unos principios y normas de conducta –en buena parte de contenido ético– cuya violación puede ocasionar sanciones y cuya observancia, en circunstancias meritorias, puede dar lugar a premios o recompensas, conteniendo también las normas que legitiman las autoridades que pueden imponer sanciones y otorgar recompensas, el procedimiento para unos y otros y los recursos"<sup>17</sup>.

La Ley disciplinaria militar por excelencia es la Ley Orgánica 8/2014 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFA), que nace tras los necesarios cambios producidos en el seno de las Fuerzas Armadas, dígase la suspensión de la prestación del servicio militar obligatorio o las leyes aprobadas posteriormente a la anterior LORDFA y que necesariamente exigían una adaptación normativa.

Apunta VILLAREJO, "las resoluciones del TC dejaron meridianamente claro que el ejercicio de la potestad disciplinaria militar no puede estar exento de un control de legalidad a ejercer por órganos jurisdiccionales, pero también abrieron, por mor de la ausencia de los imprescindibles presupuestos orgánicos y procesales en el ordenamiento anterior, un período de relativa "inseguridad instrumental" a que pusieron fin, de una manera escalonada, la Ley de Régimen Disciplinario, la del Competencia y Organización y la Procesal Militar"<sup>18</sup>.

Además, como se rotula en el preámbulo de la LORDFA, se tuvo que tener en cuenta las doctrinas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo, sobre derechos y garantías fundamentales en el ejercicio de la potestad disciplinaria, en el ámbito militar.

Asimismo, la LORDFA regula con detalle las medidas cautelares que, siendo necesarias para restablecer de manera inmediata la disciplina, pueden acordar tanto, las autoridades y mandos con potestad disciplinaria, como los militares que ejerzan el mando de una guardia o servicio, por consiguiente, ya no se trata de la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares, tales como las que vienen recogida en la LOPM, sino dentro de la potestad disciplinaria que confiere a ciertas Autoridades Militares la LORDFA.

---

<sup>17</sup> ROJAS CARO, J., Derecho Disciplinario Militar, *op. cit.*, pág. 64.

<sup>18</sup> JIMÉNEZ VILLAJERO, J., Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional, ed. Colex, Madrid, 1991, pág. 31.

La mencionada ley recoge en el art. 31 todo lo referente a las medidas cautelares.

En cuanto a la potestad disciplinaria, *“Las autoridades y mandos con potestad disciplinaria y los militares que ejerzan el mando de una guardia o servicio podrán acordar respecto del infractor que le esté subordinado por razón del cargo, destino, guardia o servicio”*.

En cuanto al período máximo de durabilidad de la medida cautelar y lugar de cumplimiento *“...el arresto cautelar por un periodo máximo de cuarenta y ocho horas, ante la comisión de una falta disciplinaria y cuando sea necesaria tal medida para restablecer de manera inmediata la disciplina. Este arresto se cumplirá en la unidad a la que pertenezca el infractor o en el lugar que se designe”*

En lo que se refiere a la comunicación de la medida cautelar adoptada, *“La imposición de estas medidas se comunicará de manera inmediata a la autoridad o mando con competencia para sancionar la falta cometida, que podrá mantenerlas o levantarlas”*.

Si se produce una inexistencia de responsabilidad, *“Si el procedimiento disciplinario finaliza sin declaración de responsabilidad por parte del expedientado por inexistencia de infracción o con una sanción de arresto de menor duración temporal a la de la medida previa adoptada, se le compensará, por cada día de exceso en que permaneció arrestado, con una indemnización que será el importe fijado para la dieta en territorio nacional”*.

En cuanto a la posibilidad de recurso, *“Contra la imposición de las medidas expresadas en este artículo, el interesado podrá interponer directamente recurso contencioso-disciplinario militar en los términos previstos en la legislación procesal militar”*.

Por último la LORDFA designa y acota en el art. 26 las autoridades y mandos que tienen potestad disciplinaria para imponer sanciones al personal a sus órdenes en la estructura, tanto orgánica como operativa, en la que ejerzan sus funciones así, *el Ministro de Defensa; el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire...*<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Sigue el art. 26 LORDFA *“...Los oficiales generales con mando o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo; Los jefes de regimiento o unidad similar, los comandantes de fuerza, unidad o buque de guerra y los jefes o directores de centro u organismo; Los jefes de batallón, grupo o escuadrón aéreo*

## **CAPÍTULO II.- LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN.**

### **1. CONCEPTO Y CARACTERES.**

Aunque se pueda entender la detención como cualquier tipo de privación de libertad, destaca el concepto de detención dado por el profesor GIMENO SENDRA como "medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la Autoridad judicial, bien, si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina<sup>20</sup>".

Igualmente, el TC entiende la detención como "cualquier situación en que la persona vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad<sup>21</sup>".

La detención como medida cautelar se adoptará dentro de un proceso penal o puede estar preordenada a la iniciación de un proceso, teniendo carácter personal.

Dado que el derecho a la libertad deambulatoria se considera un derecho constitucional fundamental (art. 17.1 CE) la detención debe responder al principio de proporcionalidad, "de modo que se excluyan las privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación<sup>22</sup>".

Caracteriza la detención su provisionalidad, esto supone según ha entendido el TEDH ha entendido que "para decidir sobre si la duración de una detención ha sido razonable hay que analizar cada caso tomando como base las razones dadas por los tribunales y la documentación aportada por el demandado en sus solicitudes de puesta en libertad<sup>23</sup>".

El art. 17.2 CE determina que, la duración de la detención no podrá ser superior al tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y señala a continuación como plazo máximo el de setenta

---

*o unidad similar; Los jefes de compañía o unidad similar; Los jefes de sección o unidad similar; y por último, los jefes de pelotón o unidad similar*".

<sup>20</sup> GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, *op. cit.*, pág. 573.

<sup>21</sup> STC 98/1986 de 10 de julio. FJ. Cuarto.

<sup>22</sup> STC 341/1993 de 18 de noviembre. FJ. Quinto.

<sup>23</sup> Auto AP de Madrid 184/2011 de 17 de marzo. FJ. Primero.



y dos horas; tras dicho plazo constitucional, el detenido será puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial<sup>24</sup>.

De lo dicho se desprende que para adoptar la detención es necesario un mínimo de sustrato indiciario sin comprobaciones exhaustivas; se considera a la detención como "antesala de la prisión preventiva, intromisión más grave en la esfera de la libertad del individuo, o de la libertad provisional, o bien, como preludio de una libertad sin trabas, consecuencia de quedar sin efecto la medida"<sup>25</sup>.

## 2. LA DETENCIÓN EN LA LECRIM.

La privación de libertad sólo procede cuando se ampare en un título legalmente establecido, así lo disponen los arts. 5 y 8 CEDH "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley". Y el art. 17 CE señala "salvo en los casos y en la forma prevista en la ley".

El ordenamiento jurídico prevé situaciones fácticas en las que los funcionarios policiales, y también los particulares, concurriendo ciertas circunstancias, pueden privar a una persona de su libertad deambulatoria<sup>26</sup>, así, por la comisión de un delito, por razones de seguridad pública, por razones de protección de los intereses aduaneros etc.

---

<sup>24</sup> El art. 520.1 LECrim. recoge el mandato constitucional "La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. En el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o en su caso, de la puesta en libertad".

<sup>25</sup> SAP de Castellón 85/1999 de 20 diciembre. FJ. Primero.

<sup>26</sup> El legislador ha provisto al perjudicado por la detención de una serie de derechos recogidos en el art. 520.2 LECrim. "a) Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia. b) Tiene derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. c) Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración. d) Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley. e) Derecho a designar libremente abogado. f) Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla. g) El derecho a la traducción e interpretación gratuitas. h) El derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen. i) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. j) Y por último, todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial".

Si se practicara la detención sin concurrir los presupuestos legalmente previstos se puede incurrir en un delito de detención ilegal (art. 163.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP)<sup>27</sup>.

## **2.1. Modalidades de detención.**

Doctrinalmente existe un conflicto acerca de las clases de detención, pero la LECrim. contempla la detención por particulares, detención policial y la detención judicial; estas detenciones tienen su fundamento en el art. 17.1 CE que limita la privación de libertad a los casos y en las formas previstas en la Ley.

### **2.1.1. La detención por particulares.**

La LECrim., en los art. 490 y 491 recoge esta modalidad de detención. Se prevé que cualquier persona puede detener a otra en los casos previstos en la Ley, existiendo por tanto un *numerus clausus* en esta materia.

Así, el art. 490 y refiriéndose a estos casos en los que el particular puede detener a otra persona distingue entre, personas fugadas mientras están detenidas o presas, o en situación de rebeldía (núms. 3 a 5) y la detención de persona que intentara cometer un delito, o bien, al delincuente "*in fraganti*" (núms. 1 y 2).

En el caso de la detención de la persona que intenta cometer un delito, entiende el autor DE LLERA SUÁREZ que este supuesto autoriza "la detención de quien, aun cuando no ha iniciado, en sentido propio, la ejecución del delito, hay constancia de que ha realizado algún acto preparatorio del mismo que pueda considerarse como punible"<sup>28</sup>.

Por tanto hay que tener sospechas fundadas de que un sujeto va a cometer un delito, para que antes de cometerlo, pueda procederse a su detención.

En cuanto al "*in fraganti*", en este supuesto, se cuenta con el elemento sorpresivo que consiste en detener al sujeto cometiendo un hecho delictivo.

En los supuestos previstos en los números 3 a 5 del art. 490, y respecto al que se fugare del establecimiento penal en que se halle cumpliendo condena, los particulares pueden detener a toda persona que ha sido juzgada y condenada, y como consecuencia,

---

<sup>27</sup> Art. 163.1 CP: "*El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años*".

<sup>28</sup> LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E. de, Derecho Procesal Penal. Manual para criminólogos y policías, ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 277.

esté cumpliendo condena en establecimiento penitenciario, pero que en el momento de la detención, se encuentre en situación de fuga.

El que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslado al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme, el que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior, el que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente, y por último, la detención del procesado o condenado que estuviere en rebeldía, la Ley autoriza la detención por un particular, de todo aquel que haya sido declarado en situación de rebeldía y, a conducirlo inmediatamente ante la Autoridad judicial.

Asimismo, se establece la obligación del particular que haya efectuado la detención de justificar, si el detenido lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior.

Una cuestión importante cuando se estudia la detención es la duración de la detención, parece obvio que cuando se trata de la detención practicada por un particular no puede aplicarse el plazo establecido en el art. 17.2 CE, limitándose, en este caso, a la detención del delincuente y su inmediata puesta a disposición judicial. Si no cumple con esta inmediatez temporal, podría cometerse un delito de detención ilegal<sup>29</sup>.

Para determinar la ilegalidad o no de la detención practicada por un particular habrá que estar al cumplimiento de los requisitos expuestos, así por ejemplo será sujeto activo y pasivo de esta medida cautelar un particular, el elemento objetivo será la privación de libertad de ambulatoria y la causa, será una causa legal, de las expresamente previstas. El problema de la detención por particular se ciñe en determinar el límite de su procedencia, ya que el art. 490 LECrim. sólo recoge la detención por casos donde existe un intento de comisión de un delito. La detención por sospecha queda reservada a los agentes de la policía<sup>30</sup>.

### **2.1.2. La detención por autoridad policial.**

Esta detención viene regulada en los arts. 492 a 496 LECrim.

---

<sup>29</sup> *Vid.* Art. 163.1 CP.

<sup>30</sup> GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal: Detención, privación y restricción de libertad*, ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 138.

La detención policial, como es fácil deducir, "es la que se practica por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que privan de libertad a una persona, sobre la que recaen sospechas de su participación en la comisión de un hecho delictivo, durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio, sin poder superar el plazo previsto en la ley, poniéndola en libertad o a disposición de la autoridad judicial"<sup>31</sup>.

La autoridad policial tendrá la obligación de proceder a la detención en los casos establecidos en el art. 492 LECrim., así; cualquiera que se halle en alguno de los casos previstos en el art. 490 ya estudiados<sup>32</sup>; al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el CP superior a la de prisión correccional<sup>33</sup>.

En este caso, ya existe una resolución judicial, un auto de procesamiento, y por tanto, un procesado frente al que se dirige la orden judicial de detención, estando ante una detención ordenada por la autoridad judicial; también está obligada la autoridad policial a detener al procesado por delito a que esté señalada pena inferior (a la pena correccional), si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. En este supuesto de detención policial, concurre un peligro de fuga que puede obstaculizar la efectividad de la acción judicial procediendo a la detención para ponerlo a disposición de la mencionada autoridad; además, al que estuviere en el caso anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: primero, que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, y segundo, que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

---

<sup>31</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, J., "La detención policial: garantías constitucionales", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 374, 1999.

<sup>32</sup> Art. 490 LECrim: "Cualquier persona puede detener: 1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2.º Al delincuente in fraganti. 3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía".

<sup>33</sup> La prisión correccional ya no existe. El art. 36.2 CP señala sobre la prisión "La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código".

Este último caso de detención policial, está fundamentado jurisprudencialmente en la STS núm. 626/2007 de 5 julio.

De forma breve, y como antecedentes de esta sentencia, en una manifestación de Víctimas de Terrorismo, el Ministro de Defensa se ve increpado por los asistentes, y los agentes que le daban seguridad reconocen a dos miembros directivos del Partido Popular en Las Rozas, pasados los días y tras las investigaciones policiales, y constatada la agresión, son detenidos y se les toma declaración.

Ante la ausencia de los requisitos necesarios para proceder a la detención, los afectados denuncian la comisión de un delito de detención ilegal.

La AP de Madrid condenó a los dos agentes como autores de un delito de detención ilegal.

El TS revoca el pronunciamiento de la AP de Madrid considerando que la detención practicada por los agentes de la policía se encuentra amparada por el apartado cuarto del art. 492 LECrim., que no prevé, como presupuesto de justificación, el peligro de huida, sino la concurrencia de los indicios de delito y de participación.

En cuanto a los indicios de la comisión de un hecho delictivo, quedó patente que el Ministro de Defensa fue objeto de imprecaciones, zarandeos e incluso un intento manifiesto de agresión.

Y sobre la concurrencia de indicios de participación, se procedió a visionar grabaciones realizadas por medios de comunicación social que permitieron localizar a dos personas, los dos detenidos, dirigiéndose hacia el Ministro en actitud violenta y una de ellas blandiendo un palo que dirige hacia el entorno protegido.

De este modo, el TS consideró que la detención, como "situación de sospecha" de la comisión de un delito y de participación en él, exige la concurrencia de los "motivos racionales" que en el supuesto concurren y justifican la adopción de la medida sobre la libertad de quienes se sospechaba que habían intervenido en un delito de atentado a la Autoridad, que junto a que el jefe de la unidad policial tenía competencia para actuar y que las declaraciones de los imputados eran necesarias para el esclarecimiento de los hechos, declarando legal la detención practicada.

La sentencia cuenta con el voto particular<sup>34</sup>, criticando la eliminación del requisito de peligro de fuga.

---

<sup>34</sup> Voto particular del Magistrado Marchena Gómez.

La sentencia analizada centra su núcleo argumental en la constatación de la existencia de motivos racionales bastantes de la comisión de un hecho punible y en las razones que permitían atribuir ese hecho a ambos detenidos.

La exigencia impuesta por el apartado cuarto del art. 492 LECrim, esto es, el riesgo de fuga, es eliminada en la opinión de la mayoría de la doctrina, argumentando que ese presupuesto es perfectamente prescindible en los casos en que la detención sea acordada por la policía judicial, sin existencia previa de una imputación judicial; señalando que, toda medida cautelar privativa de libertad, ya sea ésta adoptada en el marco de un procedimiento judicial abierto, ya lo sea por iniciativa de los agentes de policía judicial durante la tramitación de sus diligencias, impone de forma ineludible la ponderación del riesgo de fuga. Si se prescinde de su exigencia o relativizamos su significación, se corre el riesgo de avalar injerencias injustificadas de los poderes públicos en la libertad de cualquier ciudadano. En conclusión, consideró antijurídica la detención practicada.

En los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 492 LECrim., "existe un hecho punible, que revista especial gravedad o que, aun sin tenerla, pueda el funcionario de policía, partiendo de las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado, presumir que éste se sustraerá a la actividad de la justicia"<sup>35</sup>.

En caso contrario, si no concurren los requisitos legales establecidos, se podrá considerar como delito de detención ilegal. Por tanto, "la conducta del funcionario policial podrá considerarse como dolosa siempre que posea un conocimiento real o actual de los supuestos integrantes de la ilegalidad de su conducta, y pese a ello, proceda a efectuar la detención, pero sin exigirse una valoración jurídica de los mismos que le asegure su tipicidad ni la certeza indudable de la participación ejecutora del sujeto. Por eso, la detención ilegal, se ha calificado de intrínsecamente dolosa, necesitada de un dolo específico, presentándose la privación de libertad realizada como inmotivada, arbitraria o abusiva, atendidas las circunstancias del caso"<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere a la duración de la detención practicada por autoridad policial prevé art. 17.2 CE "*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos*

---

<sup>35</sup> GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, *op. cit.*, pág. 584.

<sup>36</sup> STS 1178/1994 de 1 junio. FJ. Primero.

*horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*”.

Al contrario de lo que pueda pensarse, la LECrim., no va en la misma línea que la Constitución, y así, en su art. 496 cita *“El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma”*.

Por consiguiente, se presenta un plazo máximo constitucional de setenta y dos horas, y un plazo máximo legal de veinticuatro horas.

Esta diferencia se explica porque el legislador, consciente de que la CE exige un plazo de setenta y dos horas como máximo, quiso limitar aún más, a veinticuatro horas, el tiempo que puede estar privado de libertad de movimiento una persona en territorio español.

En esta materia existen posiciones doctrinales distintas, así considera GIMENO SENDRA ajustado a la CE el plazo de veinticuatro horas del art. 496 LECrim., por considerar que *“el plazo de setenta y dos horas actúa, como límite máximo y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente<sup>37</sup>”*.

El ordenamiento español contempla dos supuestos de detención, en los que la duración de la misma puede prolongarse con respecto al plazo constitucional, así la detención que se practica en los estados de alarma, excepción y de sitio, mencionando la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; *“La detención no podrá exceder de diez días...”* (párrafo uno del art. Dieciséis).

En los delitos de terrorismo (arts. 573 y ss. CP) se contempla la posibilidad de ampliación del plazo de detención en el art. 520.1 bis LECrim., *“Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas*

---

<sup>37</sup> En el mismo sentido, STC 224/1998 de 24 noviembre. FJ. Tercero.

*siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas*<sup>38</sup>.

Hay que analizar caso por caso, las circunstancias concurrentes y, en especial, "el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida, para comprobar si la privación de libertad del detenido y por lo tanto, del afectado se prolongó excesivamente e innecesariamente violando el mandato constitucional del art. 17.2 CE"<sup>39</sup>.

### **2.1.3. La detención judicial.**

"La detención judicial es aquélla ordenada por un juez o tribunal en el curso de un procedimiento penal, así como la situación en que permanece el sujeto en tanto el juez (de instrucción) decide sobre su situación en el procedimiento"<sup>40</sup>.

Teniendo en cuenta esta definición de la detención judicial, pueden distinguirse, la detención ordenada por un juez o tribunal en el curso de un procedimiento, y la permanencia del sujeto en la situación de detención.

El art. 494 LECrim, establece que podrá el Juez o Tribunal acordar la detención en los supuestos del art. 492 del mismo texto legal<sup>41</sup>, con el apoyo de las Autoridades y agentes de la Policía judicial.

Resulta evidente, a tenor de estos supuestos, "la imposibilidad de decretar detención judicial por resultar imposible la estricta observancia en el supuesto de la

---

<sup>38</sup> Sigue el art. 520.1 bis LECrim., "... siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada".

<sup>39</sup> STC 31/1996 de 27 febrero. FJ. Octavo.

<sup>40</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, J., "La detención policial: garantías constitucionales", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 374, 1999.

<sup>41</sup> Art. 492 LECrim: "La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional. 3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él".



detención del delincuente *"in fraganti"*<sup>42</sup>; además, sucede lo mismo, en "la detención de un sujeto que, a juicio del agente, ha participado en la comisión de un delito y no va a comparecer ante la autoridad judicial ya que es impensable que pueda existir una orden judicial que acuerde la detención del presunto delincuente"<sup>43</sup>.

Por lo que se refiere al segundo aspecto mencionado, la permanencia del sujeto en la situación de detención, la LECrim., hace una distinción de facto, diferencia por un lado la entrega de detenido a órgano judicial competente, y por otro, entrega a órgano judicial incompetente.

Así, establece el art. 497 LECrim., *"Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa ... elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado"*.

En los siguientes artículos, viene regulada la entrega del detenido a un Juez o Tribunal incompetente para conocer de la causa que, *"... extenderá el primero una diligencia expresiva de la persona que hubiere hecho la detención, de su domicilio y demás circunstancias bastantes para buscarla e identificarla, de los motivos que ésta manifestase haber tenido para la detención y del nombre, apellidos y circunstancias del detenido"*<sup>44</sup>.

Realizado este procedimiento, se remitirán las diligencias y el detenido al Juez o Tribunal competente.

En los supuestos de disposición del detenido frente al Juez de Instrucción dentro de los supuestos contemplados en la ley, *"el Juez de instrucción a quien se entregue practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión, o decretará la libertad del detenido, según proceda..."*<sup>45</sup>. Si no es el Juez competente *"Hecho esto, cuando él no fuese Juez competente, remitirá a quien lo sea las diligencias y la persona del preso, si lo hubiere"*<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios a la LECriminal, Tomo 4, ed., Hijos de Reus Editores, Madrid, 1993, pág. 162.

<sup>43</sup> BANACLOCHE PALAO, J., La libertad personal y sus limitaciones: Detenciones y retenciones en el Derecho español, ed., McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 357.

<sup>44</sup> Art. 498 LECrim.

<sup>45</sup> Párrafo primero del Art. 499 LECrim.

<sup>46</sup> Párrafo segundo del art. 499 LECrim.

En cuanto a la duración de la detención judicial, se aplica el plazo máximo de setenta y dos horas desde que se produce la detención, sin olvidar, que deberá prolongarse el tiempo estrictamente necesario.

Evidentemente, en los supuestos de entrega del detenido a Juez incompetente, cabe poner en duda la viabilidad del cumplimiento del plazo máximo de setenta y dos horas, ya que el simple traslado del detenido conllevaría una duración indeterminada que dificulta el cumplimiento del plazo establecido.

### **3. LA DETENCIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 2/1989, DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR.**

#### **3.1. Consideraciones Generales.**

Se proclama en el art. 17 CE el derecho a la libertad, sin que nadie pueda ser privado de ella, sino observando lo establecido en la CE.

Esta previsión constitucional no se aplica de una forma automática al ámbito militar, ya que no tiene el mismo "status" un militar que un civil, lo que hace que dicha aplicación del art. 17 CE tenga especialidades en su aplicación militar.

Y ello porque, como bien ha entendido el TS, con apoyo en la jurisprudencia del TC, y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), "el concepto "privación de libertad" tiene un alcance distinto al habitual cuando se aplican en el ámbito disciplinario militar"<sup>47</sup>.

Puede plantearse la siguiente cuestión, cómo puede el art. 25.3 CE prohíba la imposición de sanciones privativas de libertad a la Administración, y en la práctica se establece la posibilidad de que la Administración militar pueda sancionar, y entre esas sanciones se encuentran las privaciones de libertad. Pues bien, esto es posible porque España, al adherirse al Convenio de Roma, y dada la arraiga tradición disciplinaria militar, hizo constar su reserva, para evitar una incomprensible aplicación del Convenio frente a nuestra normativa disciplinaria militar.

"El ordenamiento militar es un ordenamiento autónomo respecto del ordinario, en lo que se refiere a los derechos y garantías del detenido, y en el que la libertad y, por

---

<sup>47</sup> CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, ed., Derecho Reunidas, Madrid, 1986, págs. 129 y ss.

tanto, la seguridad, carecen de valor al permitirse su vulneración por conductas que tan sólo infringen el régimen interno<sup>48</sup>.

“La disciplina militar se mantiene y fortalece mediante un eficaz y adecuado sistema de sanciones en donde cobran un especial protagonismo las penas privativas de libertad. Su legalidad resulta discutible al implicar para mantener la obediencia debida el sacrificio de un derecho tan importante como la libertad personal pudiendo llegar a vulnerar el principio de proporcionalidad<sup>49</sup> .

En el mismo sentido BANACLOCHE PALAO afirma, “las privaciones de libertad derivadas de la imposición de una medida disciplinaria militar son perfectamente admisibles en nuestro marco constitucional, pero deben respetar las garantías que la propia Constitución exige para todo caso de privación de libertad, que no son otras que las que correspondan de las contenidas en los apartados 2.º, y 3.º, del art. 17 CE, y, en todo caso, la establecida en el apartado 4.º de dicho precepto<sup>50</sup> .

Por todo lo dicho, el legislador ha rodeado las medidas cautelares en el ámbito militar, de una serie de garantías que responden a la necesidad de respaldo constitucional, amparando al destinatario de la medida así, la información inmediata de la causa de la adopción de la medida, la duración estrictamente necesaria de las mismas, el procedimiento de “habeas corpus” en caso de detención ilegal.

### **3.1.1. Características de la detención.**

Los arts. 200 a 214 LOPM, recogen todo lo relativo a la medida cautelar de detención.

La detención sólo procederá en los casos establecidos por Ley, diferenciando de este modo, la detención del militar regulada esta ley de la detención regulada en la LECrim. La detención regulada afecta al militar detenido en acto en actividad, mientras la regulada en la LECrim. recoge la detención de toda persona excepto en el caso anteriormente citado.

Por lo que se refiere a la competencia para adoptarla, podrán ser, el Juez Togado y las autoridades militares o sus agentes, facultados para proceder a ejecutarla. Se deberá

---

<sup>48</sup> PORTILLA CONTRETAS, G., El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, ed. Edersa, Madrid, 1990, pág. 285.

<sup>49</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A., El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, Pág. 100.

<sup>50</sup> BANACLOCHE PALAO, J., La libertad personal y sus limitaciones: Detenciones y retenciones en el Derecho español, *op. cit.* pág171.

observar la condición de militar en actividad, para proceder a la detención, ya que en caso contrario, la detención se registrará por las normas de la legislación criminal común.

Están legitimados para exigir que se cumplan la legalidad y las condiciones necesarias para proceder a la detención, el propio detenido, o actuando en su nombre, su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos y los representantes de los menores o incapacitados. Esta solicitud, se realizará ante el Juez Togado o el Tribunal Militar que tenga al detenido bajo su disposición.

Por auto deberá notificarse inmediatamente la detención al Fiscal Jurídico Militar, al acusador particular, al interesado y a la autoridad militar de quien dependa el detenido, y se podrá acordar la elevación de la detención a prisión o decretar la libertad del detenido.

### **3.1.2. El procedimiento de la detención.**

La LOPM hace una remisión a las normas del ordenamiento procesal común en cuanto a la detención.

Tendrán la facultad de detener, y por lo tanto, podrá practicar una detención, la autoridad judicial de cualquier jurisdicción, miembros del Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, funcionario o agente, además, al militar en actividad, a través de sus jefes si estuviera a su alcance inmediato, o si no retrasa, con perjuicio grave, la efectividad de la medida, y a través de subordinados, sin acudir a los jefes del militar detenido, dando cuenta inmediata con posterioridad a la detención.

Se deberán observar dos reglas para practicar la detención del militar:

En primer lugar, si el militar se encuentra desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, se llevará a cabo solamente por su Jefe militar de quienes se interesará, salvo que hubiera cometido delito flagrante y estuviere fuera del alcance de dichos Jefes.

Y en segundo lugar, si el militar se encuentra en recinto militar, se interesará la detención del Jefe militar de mayor empleo y antigüedad que se encuentre destinado y presente en él.

La detención se cumplirá en establecimiento penitenciario militar de la localidad donde se produzca la detención y si no existiere, en otro establecimiento militar; comunicándole al detenido a la mayor brevedad posible, los motivos y la autoridad que acordó su detención.

Existe una peculiaridad recogida en el art. 210 LOPM que dispone *“El militar detenido en actividad, sólo permanecerá en dependencias policiales, gubernativas u otros establecimientos no militares de detención, el tiempo indispensable para la práctica del atestado o diligencias, y además durante su estancia en tales dependencias deberá permanecer separado de los demás detenidos. Tras realizar los procedimientos señalados, será entregado el detenido a la Autoridad, Jefe Militar de que dependa o a la Autoridad Militar superior de la plaza donde se ha producido la detención”*.

En el supuesto de imposibilidad de detención, añade que *“La Autoridad o Jefe Militar a que se hubiere encomendado la detención y no pudiera cumplirla por encontrarse accidentalmente fuera de la circunscripción de su mando el que deba ser detenido, trasladará con toda urgencia la comisión donde se encuentre el detenido, comunicándolo a la autoridad judicial o gubernativa que la hubiera acordado*.

Además, los traslados del personal militar detenido o sobre el que hubiera recaído Auto de prisión, se deberá efectuar siempre por militares de igual o superior empleo al del interesado.

En cuanto al plazo de la detención, operan los plazos analizados en la detención regulada en la LECrim., que establece el tiempo que ha de durar la detención *“lo estrictamente necesario”* para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos e identificación del autor o autores, entrando en juego, el plazo de veinticuatro horas (art. 495 LECrim.), y el plazo de setenta y dos horas constitucionalmente establecido (art. 17.1 CE).

Los militares en actividad que hayan sido detenidos por Autoridad judicial, miembros del Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, funcionario o agente de la autoridad, deberán acreditar su identidad y condición de militar en el momento de la detención, y a su vez, podrán exigir a la autoridad que la practique que se identifique.

De igual modo, los militares detenidos deberán acatar las órdenes y determinaciones de las Autoridades o agentes de la autoridad, que hubieran acordado o practicado la detención, y en caso de las infracciones o abusos que hubieran podido cometerse lo pondrán en conocimiento de sus Jefes militares.

### **3.1.3. Peculiaridades de la detención practicada a militares.**

En este apartado, se estudia las peculiaridades de la detención a militares que se encuentran previstos en textos legislativos distintos a la LOPM, y, analizadas también por algunos autores, entre ellos LORCA NAVARRETE<sup>51</sup>.

Así, los militares que hayan incurrido en la comisión de faltas o infracciones administrativas, y siempre que haya acreditado su condición de militar, no podrá ser conducido a ninguna dependencia policial, debiendo limitarse los Agentes de la Autoridad gubernativa o judicial a tomar nota de los datos personales y del destino del mismo, a efectos de tramitar la oportuna denuncia. La detención en tanto que no se dicte Auto de procesamiento y éste sea firme, no producirá cambio en su situación militar.

Destaca el derecho a que la detención del militar se ejecute a través de sus Jefes militares, si estuviera a su alcance inmediato, o si no se retrasa, con perjuicio grave, la efectividad de la medida, aunque no se encuentre de servicio. Y en caso de que se practique la detención sin acudir a los Jefes del militar detenido, se dará cuenta inmediata a éstos de tal medida.

El militar detenido tiene el derecho de comunicarse inmediatamente con sus superiores.

También tiene el derecho a que, si el militar se encuentra desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, se llevará a cabo solamente por sus Jefes militares, quienes la practicarán, a no ser que hubiera cometido flagrante delito y se halle fuera del alcance de dichos Jefes militares.

Otra característica de esta detención es el derecho a que, si el militar se encuentra en recinto militar, se interesará la detención del Jefe militar de mayor empleo y antigüedad que se encuentre destinado y presente en él; el derecho a que la detención, acordada por la autoridad judicial de cualquier jurisdicción, Ministerio Fiscal, Autoridad gubernativa, o agentes de ésta, se cumpla en establecimiento penitenciario militar de la localidad donde se produzca la detención y, sino existe, en otro establecimiento militar; el derecho a que el militar detenido sólo permanezca en dependencias policiales, gubernativas u otros establecimientos no militares de detención el tiempo indispensable para la práctica del atestado o diligencias; el derecho a que el

---

<sup>51</sup> LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>, Comentarios a la Ley Procesal Militar, *op. cit.* págs. 278 y 279.

militar, durante la estancia en tales dependencias, deberá permanecer separado de los demás detenidos.

Otros derechos del militar detenido es el de ser entregado a la Autoridad o Jefe militar de quien dependa o, en su defecto, a la autoridad militar superior de la plaza en que se hubiese verificado la detención, por quien haya formalizado el atestado con indicación de los motivos por los que se practicó la detención.

El derecho y deber del militar detenido de acreditar su identidad y condición, en el mismo momento de su detención, pudiendo exigir a los agentes que la practiquen que, asimismo, se identifiquen; el derecho del militar detenido, o sobre el que hubiera recaído auto de prisión, de ser traslado siempre por militares de igual o superior empleo al del interesado.

Durante la detención, el Juez Militar o Penal velará por que se guarde al personal militar el respeto y consideración debidos a su dignidad y empleo; se establece la obligación de que la detención deberá efectuarse en la forma que menos perjudique a la persona y a la reputación de mismo y de su familia.

### **3.1.5. La detención en el procedimiento para conocer determinados delitos.**

Señala el art. 384 LOPM *“Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de las infracciones que a continuación se enumeran: 1.ª Delitos de abandono de destino o residencia tipificados en los artículos 119 y 119 bis del Código Penal Militar. 2.ª Delitos de deserción tipificados en el artículo 120 del Código Penal Militar, y de quebrantamientos especiales del deber de presencia tipificados en el artículo 123 del Código Penal Militar. 3.ª Delitos contra la hacienda en el ámbito militar tipificados en los artículos 190, 195 ó 196 del Código Penal Militar, siempre que éstos se cometan como medio para perpetrar cualquiera de los señalados en los dos números anteriores o procurar su impunidad”*.

La LOPM recoge una detención especial, decreta en estos procedimientos y que radica en que, el Juez Militar puede adoptar la detención del inculpado sin necesidad de auto de procesamiento, y ello motivado, por la gravedad de los delitos que se imputan y a los que se refiere el art. 384 LOPM.

Las actuaciones que motiven la adopción de esta medida se practicarán en pieza separada, acordándose mediante auto, contra el cual podrá interponerse por las partes recurso de apelación en un solo efecto.

Produciéndose la posible vulneración del art. 17.1 CE hasta que se confirmen posteriormente las sospechas de comisión de los delitos mencionados.

### **3.2. La detención en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.**

#### **3.2.1. Características de la Detención.**

Se advierte que ya no se habla de una detención como medida cautelar personal adoptada por las Autoridades militares, sino que se habla de una sanción propiamente dicha; así lo ha entendido el TC, que ha manifestado que "el arresto no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquélla, pues entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias"<sup>52</sup>.

A diferencia de la LOPM, que regula el proceso penal militar, en la LORDFA, se contemplan las reglas de comportamiento de los militares, concretamente, en lo que se refiere a la disciplina, la jerarquía y la unidad que integran el código de conducta de los miembros de las Fuerzas Armadas.

En cuanto al ámbito subjetivo de la norma, ésta se aplica a los militares profesionales, siempre que no tengan en suspenso su condición de militares, a los reservistas, a los alumnos de los centros docentes militares de formación y a quienes pasen a tener la asimilación de personal militar.

Siguiendo la línea del TC, para que pueda la sanción privativa de libertad ampararse en el art. 25.3 CE, "debe quedar acreditado que la sanción de arresto ha sido impuesta por la Administración militar, no solamente en sentido formal, sino en sentido material, es decir, siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desarrollado estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado"<sup>53</sup>.

Sigue diciendo el TC, "el cumplimiento indebido de un día de arresto domiciliario constituiría una violación de la libertad personal vulnerando el art. 17.1 de la Constitución, que no autoriza la privación legítima de libertad salvo en los casos previstos"<sup>54</sup>.

La Ley proclama la sanción de arresto siempre y cuando sea para castigar la comisión de faltas leves, graves o muy graves, con atribución al mando de la opción,

---

<sup>52</sup> STC 73/2010 de 18 octubre. FJ. Cuarto.

<sup>53</sup> STC 73/2010 de 18 octubre. FJ. Quinto.

<sup>54</sup> STC 14/1999 de 22 febrero. FJ. Noveno.



teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, podrá elegir entre la represión, la sanción económica o el arresto.

Referente a la extensión máxima del arresto por faltas leves, se recoge que ésta no podrá exceder de los catorce días; el arresto por faltas graves, no podrá superar los treinta días; y por último, en cuanto a las faltas muy graves, el arresto podrá durar un máximo de sesenta días.

Conforme a la competencia objetiva para adoptar el arresto cautelar, y tratarse del régimen disciplinario interno de las Fuerzas Armadas, pueden acordar tal sanción, las autoridades y mandos con potestad disciplinaria.

### **3.2.2. Sanciones disciplinarias susceptibles de arresto.**

En los arts. 6, 7 y 8 de la LORDFA están tipificadas las infracciones que pueden suponer privación de libertad, según su calificación en faltas leves, graves y muy graves.

Cuando se trate de falta leve, el arresto será de uno a catorce días, y consistirá en la permanencia del sancionado, por el tiempo que dure el arresto, en su domicilio o en el lugar de la unidad, acuartelamiento, base, buque o establecimiento que se señale en la resolución sancionadora.

Esta restricción de libertad implica que el lugar del cumplimiento no puede ser una celda o similar; el sancionado participará en las actividades de la unidad, permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo.

La sanción de arresto para las faltas leves sólo podrá imponerse cuando se haya visto afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas y deberá estar motivada.

Por lo que respecta al arresto por falta grave y muy grave, será de quince a sesenta días privación de libertad del sancionado en un establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga dicha sanción. El militar sancionado no participará en las actividades de la unidad durante el tiempo de este arresto. Igualmente, cuando concurren circunstancias justificadas y no se causare perjuicio a la disciplina, podrá acordarse el internamiento en otro establecimiento militar en las mismas condiciones de privación de libertad<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> El arresto por cualquier tipo de falta, no producirá cambio en la situación administrativa del sancionado, es decir, el arrestado sigue siendo militar a todos los efectos.

El art. 32 LORDFA señala las autoridades y mandos con potestad disciplinaria, en el ámbito de sus respectivas competencias, así *“El Ministro de Defensa, podrá adoptar todas las sanciones disciplinarias; El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Subsecretario de Defensa y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, todas las sanciones excepto la separación del servicio; El Subsecretario de Defensa podrá imponer al personal destinado en las estructuras central y periférica del Ministerio de Defensa y los organismos autónomos dependientes del Departamento todas las sanciones excepto la separación del servicio...”*<sup>56</sup>.

### **3.2.3. Cumplimiento del arresto.**

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, salvo las impuestas por el Comandante de un buque de guerra en la mar, que se podrán diferir hasta la llegada del buque a puerto.

En cuanto a los arrestos en establecimiento disciplinario militar por falta grave y muy grave, la autoridad que acordó el arresto, adoptará las medidas oportunas para el inmediato ingreso del sancionado en dicho establecimiento. Aún así, en las faltas graves la autoridad sancionadora, siempre y cuando concurren circunstancias justificadas y no se cause perjuicio a la disciplina, podrá acordarse en la correspondiente resolución que el arresto se cumpla en otro establecimiento militar o en la unidad, en donde podrá participar en las actividades que se determinen.

Se abonará para el cumplimiento de la sanción de arresto el tiempo de privación de libertad sufrido por la detención practicada anteriormente a la confirmación de la sanción.

---

<sup>56</sup> Sigue el art. 32 LORDFA *“3. Los oficiales generales con mando o dirección sobre fuerza, unidad, centro u organismo, todas las sanciones por falta leve y grave, excepto la pérdida de destino. 4. Los jefes de regimiento o unidad similar, los comandantes de fuerza, unidad o buque de guerra y los jefes o directores de centro u organismo, todas las sanciones por falta leve. 5. Los jefes de batallón, grupo o escuadrón aéreo o unidad similar, las sanciones de reprensión, sanción económica hasta siete días y arresto hasta cinco días. 6. Los jefes de compañía o unidad similar, las sanciones de reprensión, sanción económica hasta cinco días y arresto hasta tres días. 7. Los jefes de sección o unidad similar, las sanciones de reprensión y sanción económica hasta tres días. 8. Los jefes de pelotón o unidad similar con categoría de Suboficial, la sanción de reprensión. 9. Los mandos interinos y accidentales tendrán las mismas competencias sancionadoras que los titulares a los que sustituyan”.*

En cuanto a la concurrencia de sanciones, respecto a los arrestos, se cumplirán con preferencia a las demás sanciones, y entre ellos por orden de mayor a menor gravedad; además, si la suma de los arrestos excede de los cuatro meses no se cumplirá el tiempo que sobrepase dicho límite.

Por último, todas las sanciones disciplinarias definitivas, en vía disciplinaria y no en la vía penal militar, se deberán anotar en la hoja de servicios del sancionado. En esta anotación se deberá concretar claramente los hechos y su calificación.

### **CAPÍTULO III.- EL PROCEDIMIENTO "HABEAS CORPUS".**

Como se adelanta en la introducción del presente trabajo, también será objeto de estudio el procedimiento de "habeas corpus".

En las siguientes páginas, se analizan las particularidades de este procedimiento, sobre todo en el ámbito de la jurisdicción militar.

Una Detención practicada conforme a la LECrim., o una Detención practicada según establece la legislación militar, el procedimiento "habeas corpus" es, en ambos casos, el procedimiento establecido por el legislador español para hacer frente a la posible ilegalidad que puedan cometerse en la adopción de una Detención.

#### **1. FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS".**

Mediante el procedimiento de "habeas corpus", previsto en el art. 17.4, inciso primero de la CE, "se ha articulado un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE al efecto de poner remedio, *a posteriori*, a las situaciones irregulares de privación de libertad, mediante la puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente con la esencial finalidad de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial<sup>57</sup>."

Establece el art. 17.4 CE "*La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*".

Ello hizo necesario la regulación legal del procedimiento "habeas corpus", que llegó con la Ley Orgánica 6/1984, de 24 mayo, reguladora del procedimiento de "Habeas Corpus" (en adelante, LORPHC).

"En el derecho español el "habeas corpus" como un proceso judicial declarativo para verificar el cumplimiento legal de una medida de privación de libertad adoptada, bien por un particular, bien por un funcionario, o bien, en definitiva, por una autoridad no judicial<sup>58</sup>."

---

<sup>57</sup> STC 287/2000 de 27 noviembre. FJ. Tercero.

<sup>58</sup> RUÍZ GALLARDÓN, diputado del Partido Popular, en el momento del debate parlamentario sostenía que el habeas corpus era más que un procedimiento, un juicio porque no se limitaba a ser una simple estructura procedimental sino un proceso en el que hay incluso contraposición de opiniones y resoluciones judiciales. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Comisiones, 2 de febrero de 1984, nº 111, pág. 3681.

Para el profesor GIMENO SENDRA, "el procedimiento "habeas corpus" es un procedimiento especial, preferente y rápido, por el que se solicita del órgano jurisdiccional competente el restablecimiento del derecho constitucional a la libertad, vulnerado por la comisión de cualquier detención ilegal que pueda ser dispuesta por persona o Autoridad distinta a la del Poder Judicial"<sup>59</sup>.

## **2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS".**

El procedimiento "habeas corpus", es un procedimiento sumario, especial, preferente y constitucional de amparo ordinario.

Se trata de un procedimiento sumario porque como éstos, tiene limitado su objeto, los medios de prueba y, dispone de unos plazos muy breves para su tramitación, sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los procesos sumarios, las resoluciones que ponen fin al procedimiento producen el efecto de cosa juzgada material<sup>60</sup>. FAIRÉN GUILLÉN sostiene que "mientras no se aleguen nuevos hechos y se introduzcan nuevas pruebas opera la cosa juzgada e impide una segunda solicitud"<sup>61</sup>.

El carácter de preferente se lo da el hecho de que el Juez deberá conocer, inmediatamente, desde la incoación de la solicitud, disponiendo de un plazo corto para resolver sobre la admisión y resolver en caso de ser admitida. Además es un procedimiento especial, ya que tiene como finalidad principal y única al reconocimiento de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad personal, y en caso de que se declare su vulneración, conlleva el inmediato restablecimiento del mismo.

Por último, cabe señalar que estamos frente a un "proceso constitucional de amparo ordinario cuya tutela, por contraste con lo que sucede con el resto de procesos de esta naturaleza, se limita exclusivamente a la protección de la libertad personal"<sup>62</sup>.

La finalidad de este procedimiento, así lo dice el TC, "es hacer juzgar la legitimidad de una privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, pero

---

<sup>59</sup> GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, *op. cit.*, pág. 573.

<sup>60</sup> GUDE FERNÁNDEZ, A., El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional, *op.cit.* , pág. 60.

<sup>61</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., "La naturaleza jurídico-procesal del habeas corpus"; Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional, tomo III, ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1992, pág. 640.

<sup>62</sup> GIMENO SENDRA, V., El proceso de habeas corpus, ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 44.

sin extraer más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de esta situación de privación de libertad<sup>63</sup>.

Por lo tanto, en un procedimiento de "habeas corpus", no se busca, con su solicitud, encontrar una respuesta de responsabilidad en caso de una detención ilegal, sino la simple declaración de vulneración del derecho del perjudicado a su libertad personal, no la responsabilidad que conlleva esta vulneración.

### **3. COMPETENCIA OBJETIVA, TERRITORIAL Y FUNCIONAL.**

#### **3.1. Competencia Objetiva.**

La competencia objetiva, señala el art. 2 LORPHC, será del Juez de Instrucción; además, si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos del art. 55.2 CE, el procedimiento se seguirá ante el Juez Central de Instrucción.

En el ámbito de la Jurisdicción Militar, será competente para conocer de la solicitud de "habeas corpus" el Juez Togado Militar de Instrucción dónde se efectuó la detención (párrafo tercero art. 2 LORPHC). "Siendo el órgano judicial competente por tratarse de una sanción privativa de libertad impuesta por la Administración militar<sup>64</sup>.

Así, el objeto de la detención no ha sido la comisión de un hecho delictivo, sino la consecuencia de la comisión de una falta que conlleva detención como sanción administrativa, lo que ha llevado al TC a considerar que "cuando se trate de una solicitud de "habeas corpus" instada por personal militar y como consecuencia de una sanción disciplinaria impuesta por órgano competente, si ésta se insta ante Juzgado incompetente, como puede ser el Juzgado de Instrucción, que carece de competencia para enjuiciar dicha solicitud, pues dicho enjuiciamiento, corresponde a los órganos integrantes de la jurisdicción militar<sup>65</sup>.

#### **3.2. Competencia Territorial.**

Establece la LORPHC como fuero principal el lugar donde se encuentre la persona privada de libertad, y como fueros subsidiarios, el lugar en que se produzca la detención, y en defecto de los dos anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las

---

<sup>63</sup> STC 287/2000 de 27 noviembre. FJ. Cuarto.

<sup>64</sup> STC 287/2000 de 27 noviembre. FJ. Quinto.

<sup>65</sup> STC 61/1995 de 29 marzo. FJ. Quinto.

últimas noticias sobre el paradero del detenido. Siguiendo las mismas reglas en el ámbito militar<sup>66</sup>.

### **3.3. Competencia Funcional.**

El procedimiento se desarrolla en su integridad ante los Juzgado de Instrucción, los Juzgados Centrales y los Juzgados Togados Militares. No existe una fase de impugnación, ya que la resolución que se adopta en el procedimiento "habeas corpus" no será susceptible de recurso alguno.

## **4. PROCEDIMIENTO.**

La simplicidad del procedimiento radica en la agilidad procedimental necesaria para actuar en los casos de detenciones ilegales que vulneran el derecho a la libertad personal garantizado en el art. 17 CE. Por ello, el legislador, consciente de esta necesidad, elaboró una Ley, la LO 6/1984 reguladora del procedimiento de "Habeas corpus", con sólo nueve artículos.

### **4.1. Iniciación.**

Cabe la posibilidad de que la iniciación del procedimiento "habeas corpus" sea de oficio o a instancia de parte. Así, el art. 3 establece que *"a instancia de parte podrá incoar el procedimiento de "habeas corpus" el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales, el propio Ministerio Fiscal y por último, el Defensor del Pueblo"*.

Esta amplia legitimación para iniciar el procedimiento, se justifica, en la necesidad de protección del interés del perjudicado que ve afectado su derecho a la libertad.

Y en cuanto a la iniciación de oficio, corresponde el Juez competente para conocer del procedimiento (más arriba mencionado).

---

<sup>66</sup> Art. 2 LORPHC *"... del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido"*.

En cuanto a la forma de iniciación, señala el art. 4 LORPHC que *“El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador. En dicho escrito o comparecencia deberán constar: El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta ley; El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes; El motivo concreto por el que se solicita el «Habeas Corpus»”*.

El escrito de solicitud de “habeas corpus”, según el art. 5 LORPHC, será puesto inmediatamente en conocimiento del Juez Instructor competente, por la autoridad gubernativa, agente o funcionario público; si esta obligación no se cumple, pueden originarse responsabilidades penales y disciplinarias, al observar el Juez que no se le ha dado traslado de la solicitud en tiempo y forma. Este escrito de solicitud de “habeas corpus” regirá igualmente para la solicitud en la jurisdicción militar, con la salvedad de que conocerá el Juez Togado Militar.

#### **4.2. Fase intermedia.**

Dado el traslado de la solicitud al Juez Instructor, en esta fase el Juez Instructor deberá examinar la concurrencia de los requisitos para su tramitación, dando traslado de la misma al Ministerio Fiscal como apunta el art. 6 LORPHC.

Por medio de auto, el Juez Instructor podrá incoar el procedimiento o denegar la solicitud de incoación, por tener motivos suficientes para considerarla improcedente. Es importante que dicho auto se notifique al solicitante y al Ministerio Fiscal.

A partir de este momento, el Juez Instructor tendrá veinticuatro horas para practicar las actuaciones necesarias y para resolver lo procedente.

Cuando se acuerde la incoación del procedimiento, el Juez Instructor ordenará a la autoridad, a cuya disposición se halle el detenido, para que se presente de manera inmediata y sin demora alguna en el lugar donde señale el Juez Instructor, oyendo al detenido, o a su representante legal y abogado si lo tuviera, al igual que al Ministerio Fiscal.

A continuación, oír a los responsables de la detención, sea la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o



practicado la detención o internamiento. A todos los responsables, el Juez le detallará las declaraciones realizadas por el detenido anteriormente.

Podrá el Juez estimar o desestimar todas las pruebas que se aporten al proceso.

#### **4.3. Finalización.**

La LORPHC contempla dos posibilidades; en primer lugar si el auto acuerda la denegación del procedimiento de "habeas corpus", se dará por finalizado el mismo, sin posibilidad de recurso contra la resolución del Juez Instructor; En segundo lugar, el art. 8, contempla la posibilidad mediante auto motivado de estimar o desestimar la solicitud presentada. Así, si el Juez considera que, oída las partes y practicadas las pruebas pertinentes, no se da ninguna circunstancia que vulnere el art. 17 CE, acordará el archivo de las actuaciones y declarará conforme a Derecho la privación de libertad.

Al contrario, si el Juez estima que concurre alguna circunstancia suficiente para considerar la privación de libertad contraria a Derecho, acordará alguna de las medidas siguientes; la puesta en libertad del detenido; que continúe la privación de libertad pudiendo tomar otras medidas si fuera necesario; la puesta a disposición judicial inmediatamente.

### **5. PECULIARIDAD EN LA JURISDICCIÓN MILITAR DEL PROCEDIMIENTO DE "HABEAS CORPUS".**

El Pleno del TC en la STC 194/1989 16 de noviembre, sentó la siguiente doctrina, "el conocimiento de los procedimientos de "habeas corpus" corresponderá a la jurisdicción militar cuando la detención tenga como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, pues, de una parte, así se deriva inequívocamente del art. 2, párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de "habeas corpus", y del art. 61.3 de la Ley Orgánica 4/1987<sup>67</sup>, que se remite a la anterior, que establece que *"en el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de habeas corpus el Juez Togado Militar"*.

---

<sup>67</sup> "Son funciones de los Juzgados Togados Militares Territoriales: El conocimiento de la solicitud de hábeas corpus con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.º de su Ley Orgánica reguladora".

### **5.1. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.**

En la LOPM no se encuentra referencia alguna al procedimiento "habeas corpus", ahora bien, si reconoce de forma indirecta la garantía establecida en el art. 17.4 CE. Por lo tanto, al art. 203 *"El detenido o, en su nombre, el cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos y los representantes de los menores e incapacitados, podrán, en cualquier momento, comparecer verbalmente, sin formalismos ni necesidad de Abogado, ante el Juez Togado o Tribunal Militar a cuya disposición se encuentre el detenido, para exponerle las consideraciones que estimen oportunas respecto a los motivos, tiempo y condiciones de la detención y al objeto de que se resuelva inmediatamente sobre la legalidad y las condiciones de la detención, conforme a derecho"*.

En virtud del artículo señalado, incardinado dentro de la regulación de la detención, se encuentra la forma de iniciación del proceso "habeas corpus" en la ley procesal militar, con la finalidad de garantizar que no se produzca una detención ilegal.

### **5.2 Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.**

La derogada Ley Orgánica 8/1998 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no regulaba el procedimiento de "habeas corpus", siendo las sanciones disciplinarias inmediatamente ejecutivas<sup>68</sup>.

El no reconocimiento de la garantía constitucional producía, en ciertas ocasiones, un ataque al derecho a la libertad personal mientras el órgano judicial militar no resolvía el recurso interpuesto por la sanción impuesta.

Esta situación llevo a varios pronunciamientos del TC que reconocían la vulneración del art. 17.4 CE. De entre todas las sentencias destaca la STC 287/2000 de 27 noviembre.

De forma breve se describen los antecedentes de hecho de la sentencia; un Guardia civil fue sancionado con un mes y quince días de arresto como autor de una

---

<sup>68</sup> *"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. En los arrestos por falta grave, la autoridad que los hubiere impuesto adoptará las medidas oportunas para el inmediato ingreso del sancionado en establecimiento disciplinario, o en otro establecimiento militar que dependa de la misma, siéndole de abono el tiempo de privación o restricción de libertad sufrido por los mismos hechos y el transcurrido desde el día de la notificación. Se exceptúa el caso en que se hubiera acordado la suspensión de la sanción de privación de libertad, durante el tiempo de tramitación del recurso que se interponga"*.

falta disciplinaria grave de insubordinación. Al ingresar en el establecimiento disciplinario militar solicitó la incoación del procedimiento de "habeas corpus" al Juzgado Togado Militar de Cádiz. El juzgado denegó la incoación del procedimiento de "habeas corpus" por estimar que la privación de libertad se produjo en virtud de sanción de arresto, y no estar dentro de los casos del art. 1 LORPHC.

El TC otorgó el amparo solicitado considerando que "mediante el procedimiento de "habeas corpus", se ha articulado un medio de defensa de los derechos establecidos en el art. 17 CE al efecto de poner remedio "a posteriori" a las situaciones irregulares de privación de libertad. La legitimidad de la inadmisión a trámite debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales a los que se refiere el art. 4 LORPHC".

Sigue diciendo la sentencia, "al inadmitirse la solicitud del denunciante, que cumplía el arresto de privación de libertad, se anticipó la respuesta sobre el fondo en el trámite mismo de admisión, sin dar ocasión alguna al recurrente de comparecer y formular alegaciones y proponer, en su caso, los medios de prueba pertinentes al efecto. Consecuencia de esta inadmisión fue que el órgano jurisdiccional militar no ejercitó de manera eficaz el control garantizador de la privación de libertad, desconociendo así la naturaleza y función constitucional asignada al procedimiento de "habeas corpus", y más aún tratándose de una sanción inmediatamente ejecutiva, no estando prevista vía de recurso alguna (art. 6 LOHC) contra la resolución que acuerda la inadmisión a trámite del procedimiento "habeas corpus".

Reconocida la vulneración del derecho fundamental a la libertad del recurrente, se emite un voto particular<sup>69</sup> que recoge "la no existencia de un derecho fundamental al "habeas corpus", ya que el art. 17.4 CE establece un mandato al legislador para que establezca una garantía institucional".

Por otro lado, sobre el Régimen disciplinario militar, "al cometer una falta grave de indisciplina puede ser legalmente castigado por el General Jefe de su agrupación, siendo lo exigido por la ley. Además hay que tener en cuenta la peculiaridad del estatuto constitucional de los militares, que viene incluido en el art. 28.1 CE. Por lo tanto, al actuar la Autoridad sancionante de acuerdo a un procedimiento y en cumplimiento de lo dispuesto en la ley, debió desestimarse el recurso de amparo".

---

<sup>69</sup> Voto particular del Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Casos como éste se repitieron muchos años que terminaban con la estimación de amparo por parte del TC.

Tras los múltiples pronunciamientos, el legislador adaptó a la nueva normativa a las exigencias del TC, teniendo su resultado en la Ley Orgánica 8/2014 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Por ello, en el art. 60. 2º párrafo señala *“Cuando un sancionado sea privado de libertad por imposición de una sanción de arresto, o de una medida cautelar del artículo 31 o provisional del artículo 51, la ejecutividad inmediata de tales sanciones o medidas se entenderá sin perjuicio de que el sancionado pueda instar el procedimiento de «habeas corpus» ante el Juez Togado Militar Territorial competente, de conformidad con el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».*

De lo expuesto, se deduce que el Juez del “habeas corpus” no tiene por misión revisar el acto administrativo, que corresponderá a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino la conformidad a Derecho de esa situación de privación de libertad; dicho de otro modo, “en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del “habeas corpus” dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo contencioso ostentan la última y definitiva palabra, pero lógicamente esta separación de funciones no exonera totalmente a dicho Juez del “habeas corpus” de su obligación de analizar, si bien de modo provisional, el presupuesto material que justifica la medida que implica una carencia de libertad<sup>70</sup>.

En conclusión, la función del Juez Togado militar competente para conocer del procedimiento “habeas corpus”, es llevar a cabo el procedimiento previsto en la LORPHC, examinando la legalidad de una privación de libertad que no ha sido acordada por los órganos judiciales.

De forma acertada, el TC limita el procedimiento de “habeas corpus” en la jurisdicción militar señalando que, de la regulación legal del procedimiento de “habeas corpus” se desprende, con una delimitación conceptual negativa, que no es ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que

---

<sup>70</sup> STC 194/2001 de 1 octubre. FJ. Tercero.

origina la privación de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre la eventual comisión de un delito de detención ilegal.

El que ha sido privado de su libertad puede reaccionar contra tal privación optando por una cualquiera de estas tres vías, de naturaleza distinta y sin que se confundan entre sí, o incluso por varias o todas ellas, ya que no se excluyen mutuamente.

Esta selección del sistema de impugnación se puede efectuar con plena libertad, ya que es a los ciudadanos a quienes corresponde elegir la vía de reacción más conveniente contra la detención sufrida.

Ahora bien, "el que elige el procedimiento de "habeas corpus" ha de saber, en una aproximación positiva al concepto, que se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad no acordada por órganos judiciales<sup>71</sup>".

---

<sup>71</sup> STC 208/2000 de 24 julio. FJ. Séptimo.

## CONCLUSIONES.

### I

Ciertamente, se pueden encontrar puntuales referencias a la similitud que comparte la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria en los textos legislativos. Por ejemplo, en el preámbulo de la LOPM se establece que el procedimiento ordinario ha tomado sus normas de la LECrim., adaptándolas a las peculiaridades que exige la jurisdicción militar.

Por consiguiente, aunque es evidente que la intención del legislador es acercar, cada vez más, la regulación de la jurisdicción militar a la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que aún, dada las particularidades de ambas, no es tan fácil esta unificación jurídica.

### II

Hay muchos autores que apoyan “la supresión de la jurisdicción militar en tiempos de paz y la transferencia de la competencia, al menos, en materia penal a la jurisdicción ordinaria”<sup>72</sup>. “Este deseo es inviable, ya que la jurisdicción militar no es una rama del derecho, sino una necesidad imperiosa ligada al Ejército, y esto determina que el Ejército precise de una organización independiente, distinta a la civil, capaz de garantizar la consecución de sus fines por medio de sus propios valores y principios, premisas que acaban moldeando una muy particular concepción jurídica del Derecho aplicable: independiente y privativo o especial”<sup>73</sup>.

### III

Respecto a los temas estudiados en este trabajo, cabe señalar, sobre la detención, que el art. 205 LOPM hace una remisión a la legislación común sobre el procedimiento y regulación de la misma.

Ahora bien, obviando el “*status*” que caracteriza al militar con base en la organización jerárquica, esta detención no puede llevarse a la par que la detención en la jurisdicción ordinaria. Esta similitud se rompe, por ejemplo, en la limitación del personal autorizado para proceder a la detención de un militar.

### IV

En cuanto al procedimiento de “habeas corpus”, tras el análisis realizado, no cuenta con particularidades respecto a su aplicación procedimental en la jurisdicción

---

<sup>72</sup> GIL GARCÍA, O., La jurisdicción militar en la etapa constitucional, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 61.

<sup>73</sup> LÓPEZ-LOCAR, B., Algunas reflexiones para la reforma de la justicia militar, ed., Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Cuenca, 2015, pág. 7.

militar, salvando la competencia del Juez Togado Militar en los casos que sea competente. Y en estos casos, resulta de verdadero interés el procedimiento previsto para los arrestos adoptados por faltas disciplinarias, en el cual los arrestados pueden solicitar la incoación del procedimiento de "habeas corpus". Otra prueba más de la intención garantista y proteccionista de la legislación jurídica militar.

## V

Por otro lado, ha sido una grata sorpresa comprobar en el análisis comparado entre la legislación ordinaria y la legislación militar, en concreto, en ambas leyes procesales, LECrim. y LOPM, cómo la estructura de la LOPM está mucho más organizada y perfeccionada, ya no sólo en su estructura interna, que es impecable, sino también en su redacción. Y para evitar lagunas legales, de forma acertada, el legislador manifiesta en el preámbulo de la LOPM, la aplicación con carácter subsidiario en todo lo no regulado y siempre que no se oponga a la Ley, de la LECrim.

## VI

Por otro lado, se puede apuntar la posibilidad de la eliminación de la inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias en el ámbito militar con la finalidad de reducir los casos de vulneración de derecho a la libertad personal que se producen por este motivo, pero es una posibilidad que hasta el propio preámbulo de la LORDFA hace imposible, manteniendo el principio tradicional en el régimen disciplinario militar, de la inmediata ejecutividad de las sanciones, indisociable con la preservación de valores castrenses tan esenciales como el mantenimiento de la disciplina o la evitación de perjuicios irreparables al servicio.

Un símil de esta posibilidad en el ámbito militar sería como si en la legislación financiera se previera la posibilidad de perdonar deudas tributarias sin motivación. Se establecen causa de suspensión y también causas de inejecución de las sanciones, pero en casos justificados y motivados, no siendo la regla general ya que se desvirtuaría la esencia del régimen disciplinario militar.

## VII

Sigo la idea fundamental que señala el profesor MORALES VILLANUEVA que dice "si queremos que el Ejército pueda cumplir eficazmente con su misión y sea capaz de garantizar los bienes materiales y morales que a todos interesa, hemos de aceptar que siga siendo Ejército en lo que tiene de estructura y potencial humano, inserto en la

sociedad, pero singularizado: servidor de la nación, pero desde sus características institucionales y sus exigentes y exigibles cualificaciones humanas<sup>74</sup>.

Observando el desarrollo histórico y legislativo de nuestra historia militar, siempre ha basado su avance en su carácter singular. La jurisdicción militar debe ser una jurisdicción especial, con sus propias características y procedimientos, con particulares instituciones jurídica, manteniendo la justicia como uno de los pilares fundamentales de la institución militar.

### VIII

No se puede caer en el clásico argumento de que la evolución de la legislación militar está estancada y no avanza con los tiempos, y prueba de lo contrario son las recientes reformas legislativas del Código Penal Militar y el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, donde se ha procedido a una revisión y acomodación a las exigencias de la sociedad actual, sin menoscabar el interés público y defensa de los valores esenciales de las Fuerzas Armadas.

### IX

Por último, haciendo referencia a la cuestión planteada en la introducción del presente trabajo, el art. 117.5 CE señala *“El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”*, por otro lado, el art. 3.2 LOPJ modificado tras la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio dice *“Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del Poder Judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran Justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares”*.

De la lectura de ambos artículos parece surgir una clara contradicción, ya que el texto constitucional consagra la unidad jurisdiccional reconociendo como única jurisdicción especial, a la militar, y sin embargo, la LOPJ manifiesta que los órganos de la jurisdicción militar, integran el Poder Judicial del Estado.

---

<sup>74</sup> Morales Villanueva, A., *“Derechos y Libertades del militar profesional”*, Revista de Estudios políticas, nº 37, 1984, págs. 89 a 110.



No se puede ser y no ser al mismo tiempo, no se puede ser jurisdicción especial y, al mismo tiempo, sus órganos estar integrados en el Poder Judicial, basando su organización y fundamento en el principio de unidad jurisdiccional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AGUILERA DE PAZ, E., Comentario a la LECriminal, Tomo 4, ed., Hijos de Reus Editores, Madrid, 1993.

BANACLOCHE PALAO, J., La libertad personal y sus limitaciones: Detenciones y retenciones en el Derecho español, ed., McGraw-Hill, Madrid, 1996.

CASADO BURBANO, P., Iniciación al derecho constitucional militar, ed., Derecho Reunidas, Madrid, 1986.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *“La detención policial: garantías constitucionales”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 374, 1999.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *“La naturaleza jurídico-procesal del habeas corpus”*, Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional, tomo III, ed., Revista de Derecho privado, Madrid, 1992.

GARCÍA MORILLO, J., El derecho a la libertad personal: Detención, privación y restricción de libertad, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

GIL GARCÍA, O., La jurisdicción militar en la etapa constitucional, ed., Marcial Pons, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Penal, ed., Thomson Reuter, Pamplona, 2012.

GIMENO SENDRA, V., El proceso de habeas corpus, ed., Tecnos, Madrid, 1996.

GUDE FERNÁNDEZ, A., El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

JIMÉNEZ VILLAJERO, J., Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional, ed., Colex, Madrid, 1991.

LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E. de, Derecho procesal penal. Manual para criminólogos y policías, ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

LÓPEZ-LOCAR, B., Algunas reflexiones para la reforma de la justicia militar, ed., Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Cuenca, 2015.

LORCA NAVARRETE, A. M<sup>a</sup>, Comentarios a la Ley procesal militar, ed., Instituto Vasco de Derecho Procesal, Vizcaya, 1990.

MORALEZ VILLANUEVA, A., *“Derechos y libertades del militar profesional”*, Revista de Estudios políticas, nº 37, 1984.

NOYA FERREIRO, M<sup>a</sup> L., *“Las medidas cautelares en el proceso penal del menor”*, en Estudios penales y criminológicos, vol. XXVI, Servicio de Publicaciones de Universidad de Santiago de Compostela, nº26, 2006.

PORTILLA CONTRETAS, G., El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, ed., Edersa, Madrid, 1990.

ROJAS CARO, J., Derecho Disciplinario Militar, ed., Tecnos, Madrid, 1990.