

LA SUSPENSIÓN CAUTELAR EN EL DERECHO MILITAR

Por Gonzalo Muñiz Vega
Coronel Auditor

I. NATURALEZA JURÍDICA.—II. NOTAS DISTINTIVAS. 1. Es una medida excepcional. 2. Proporciónada a la trascendencia de las infracciones imputadas y con una finalidad instrumental. 3. Suficientemente motivada. 4. Temporalmente limitada.—III. PROCEDIMIENTO.

I. NATURALEZA JURÍDICA

La suspensión de funciones, dentro del Derecho Militar, viene regulada en el art. 102 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, del régimen del personal militar profesional y por los arts. 45 y ss. del Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición militar y de situaciones administrativas, aprobado por Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre.

Los mismos contemplan dos tipos de suspensión por su origen y efectos: la que se puede acordar en expediente disciplinario por falta grave, por la autoridad disciplinaria de acuerdo con lo previsto por el art. 4 de la ley orgánica 12/1985, de 27 de noviembre de régimen disciplinario de las FAS o por el art. 35 de la ley orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, o la que se prevé como situación administrativa en el art. 96 de la citada Ley 17/1989, que se decreta, conforme dispone su art. 102, por el Ministro de Defensa como consecuencia de la tramitación de procedimiento militar o la incoación de expediente gubernativo contra el militar de carrera. No obstante y sin negarle naturalmente —cuando dé lugar a ella— el carácter de situación administrativa, la suspensión de funciones es sobre todo una medida cautelar, que, si se adopta por la imputación de delito o de supuestas conductas merecedoras de sanciones disciplinarias extraordi-

narias, provoca la situación administrativa y, si, en cambio, la medida es adoptada por la imputación de una falta grave, no origina tal situación administrativa (1). La diferencia, pues, no radica en su naturaleza cautelar o preventiva, que es la esencia de la suspensión de funciones, sino sobre todo en los efectos que provocan los dos tipos o clases de la misma y que están en función del procedimiento del que dimana y que determina la autoridad competente para acordarla (2).

Al ser una medida cautelar, tiene precisamente carácter accesorio, puesto que presupone y está en función de otro acto jurídico principal de imputación bien de un delito o conducta merecedora de sanción disciplinaria extraordinaria, bien de una falta grave. Legalmente no puede tener existencia, por tanto, sin tal acto jurídico de imputación de una infracción ya sea penal, ya disciplinaria y su existencia depende, en gran medida, de las vicisitudes de la referida imputación. Cuando ésta desaparece, la suspensión de funciones carece ya de razón de ser y debe extinguirse. Su naturaleza no difiere, pues, en este aspecto, de la naturaleza de las medidas cautelares previstas por el ordenamiento jurídico sancionador: prisión y arresto preventivos, fianza, etc.

El carácter de situación administrativa de la suspensión de funciones por delito o incoación de expediente gubernativo no obscurece ni desvirtúa su índole jurídica de acto accesorio cautelar dictado en virtud de un procedimiento sancionador. Su naturaleza jurídica es ante todo la de medida cautelar y no es distinta de la naturaleza jurídica de la suspensión adoptada en el expediente disciplinario por falta grave, teniendo, al igual que ésta y precisamente por su condición de medida cautelar —como ya vimos—, carácter accesorio respecto a la imputación formulada en un proceso penal o expediente gubernativo. Por tanto, estamos dentro del radio de acción del *ius puniendi*, sin el cual la suspensión carece de fundamento y, por ello, de existencia, lo que determina, en no poca medida, la normativa jurídica aplicable.

El régimen legal aplicable a la suspensión de funciones motivada por la instrucción de un proceso penal o expediente gubernativo, en cuanto medida cautelar, es el común de las restantes medidas cautelares dimanantes de un procedimiento sancionador —por ejemplo la prisión

(1) Según expone el art. 102 in fine de la Ley 17/1989 *«no tendrá más efectos que el cese del militar inculcado en el ejercicio de funciones por un período máximo de tres meses»*.

(2) Arts. 4 y 35, respectivamente, de las leyes disciplinarias de las FAS y Guardia civil, y 102 de la Ley 17/1989.

preventiva— y ha de regirse por los principios imperantes para ellas, sin que pueda representar obstáculo alguno al respecto que tal medida cautelar se adopte, no por la autoridad judicial o disciplinaria, sino por la administrativa y dé lugar a una situación administrativa. No cabe resaltar la faceta de situación administrativa para hacer olvidar la naturaleza predominante de medida cautelar, cuya justificación descansa en una pretensión sancionadora, porque la situación administrativa es accesoria siempre de ésta. De ahí que la suspensión de funciones integra el Derecho sancionador, al igual que el arresto o la prisión preventiva y demás medidas cautelares propias del mismo: fianza, retención de pasaporte, obligación de comparecer ante el juzgado periódicamente, etc.

II. NOTAS DISTINTIVAS

Y es este carácter accesorio y cautelar el que ha constituido el norte de la jurisprudencia para delimitar las notas distintivas de la suspensión, comunes —dada la naturaleza común de ambas— tanto a la dictada en el expediente disciplinario como a la motivada por un procesamiento o expediente gubernativo, que, a la vez, la explican y sirven para configurar los debidos temperamentos en su adopción.

A mi juicio, tales notas extraídas de la jurisprudencia del TC y del TS son las siguientes:

1. Es una medida excepcional

Así lo declaran, expresa e inequívocamente, por ejemplo, la SSTS, 3.^a, de 1 de abril de 1984, 3 de febrero de 1987...

Frente a lo anterior, la práctica ha venido siendo la contraria. La excepción ha sido el no pase a la situación de suspenso, tan pronto adquirió firmeza cualquier procesamiento por la jurisdicción militar, con lo que se ha generalizado una práctica que no dudamos de, precisamente por su generalización, considerar contraria in radice a la naturaleza de la institución según la propia jurisprudencia y que ha convertido lo que es una medida cautelar en una pena anticipada que los procesados por la jurisdicción militar se ven obligados a sufrir en contra del principio de presunción de inocencia proclamado por el art. 24 de la Constitución, así como de los derechos garantizados por sus arts. 23,2 y 25.

Y ello se ha agravado por la falta de comprensión de lo que realmente estaba aconteciendo, de algunas Salas de lo Contencioso Administrativo, que sin percatarse de lo que constituía una línea de conducta anti-constitucional o, cuando menos antijurídica, general y creyendo estar solo frente a un caso aislado, no respondieron a las expectativas, que se derivan del art. 106,1 de la CE, otorgando el amparo al que tenía derecho, quien sufría una auténtica pena anticipada desde que adquiría firmeza el procesamiento o incluso y, en algún caso, antes (3).

El actual Ministro del Interior parece entender mejor la verdadera naturaleza excepcional de esta medida cautelar, cuando declara a la prensa respecto a la suspensión de uno de los más destacados miembros de la Guardia Civil, al que supuestamente se le supone implicado en la llamada «guerra sucia», que no cree llegado el momento todavía de tomar estas «medidas extremas» (4).

Y así venía a coincidir con la jurisprudencia antedicha y con la Audiencia Nacional que en la S de 4 de febrero de 1994, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, calificaba a la suspensión preventiva de «medida extrema y excepcional».

2. Proporcionada a la trascendencia de las infracciones imputadas y con una finalidad instrumental (5)

Es aquí cuando han de entrar en juego los criterios legales recogidos por el art. 4, pfo. 2.º de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las FAS, por el art. 35,2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil para las faltas graves y por el art. 101,2 de la citada Ley 17/1989 y art. 46 del antedicho Reglamento, para los delitos o conductas merecedoras de sanciones disciplinarias extraordinarias, respectivamente.

Dentro del marco disciplinario, la finalidad accesoria e instrumental hace que la medida cautelar sólo está justificada, cuando, si se trata de

(3) El fenómeno es uno de los múltiples que se derivan del dato de que la materia de personal sea una de las escasas, en nuestro ordenamiento procesal, que continúe sometida al injusto sistema de instancia única.

(4) Ni por asomo emitimos juicio alguno acerca de la procedencia de la suspensión en este caso real.

(5) Cfr. SSTC 108/1984, de 26 de noviembre de 1984, 21/1985, de 15 de febrero, 26 de julio de 1996, 37/1996 de 11 de marzo, ATC de 3 de diciembre de 1986, SSTS, 3.ª, 1 de abril de 1985, 3 de febrero de 1987, etc. Todas se refieren a medidas cautelares y de ellas hemos extraído las notas distintivas que reseñamos...

un militar, la permanencia en sus funciones, pueda causar perjuicio al servicio (6).

Sin que sepamos la razón, la ley disciplinaria de la Guardia Civil se separa de la anterior y autoriza la suspensión cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exijan una acción inmediata de la disciplina (7), con lo que restringe —a nuestro entender— los supuestos, ya que la exigencia de una acción inmediata de la disciplina concurre, por lo común, en supuestos más escasos, que la perturbación en el servicio sin que —insistimos— no aparezca claro el motivo de esta restricción en beneficio del Guardia Civil.

Como vemos, se otorga a la autoridad militar un poder discrecional bastante amplio poco armónico con una decisión que incide en un derecho fundamental, cual es el regulado por el art. 23,2 de la CE —SSTC 5/1983, 10/1983, entre otras y SSTs de 23 de julio de 1984, 1 de abril de 1985, etc.—.

De ahí que, ante tan amplia discrecionalidad, habida cuenta de su índole excepcional proclamada por el TS y su incidencia perjudicial en el ámbito de un derecho fundamental, se requiere la mayor objetividad en la ponderación de las circunstancias que justifican la medida cautelar, exigiéndose una incuestionable interpretación restrictiva de las mismas, controlable siempre por los tribunales. Y es el citado art. 102,2 de la Ley 17/1989 el que señala los criterios legales para adoptar la medida cautelar de suspensión de funciones, cuando la imputación sea delictiva o se incoe expediente gubernativo, esto es como accesoria de un proceso penal o de tal expediente gubernativo (8).

Si exigíamos la mayor objetividad y ponderación cuando la suspensión se decretaba como accesoria y cautelar de un expediente disciplinario por falta grave, con más razón e intensidad, si cabe, lo hacemos al acordarse como accesoria de un procedimiento judicial o expediente gubernativo, en donde además de los criterios legales a valorar expuestos en el antedicho art. 102,2 de la Ley 17/1989 y art. 46 del citado Reglamento nunca puede perderse de vista el carácter instrumental de la suspensión, que sólo viene justificada si la continuación en sus funcio-

(6) Art. 4 de la Ley disciplinaria de las FAS.

(7) Art. 35 de la Ley disciplinaria de la Guardia Civil.

(8) Según el mismo: *«El Ministro de Defensa valorando la gravedad de los hechos imputados, la existencia o no de prisión preventiva, el perjuicio causado a las Fuerzas Armadas o la alarma social producida, podrá acordar la suspensión en el ejercicio de sus funciones y el cese en su destino del militar inculcado.»*

nes del militar procesado o expedientado puede ser causa de perturbación para el proceso penal o expediente que se le sigue o para el servicio y la disciplina. Fuera de los casos en que realmente ocurra así, su imposición representa una violación de la presunción de inocencia y conllevará una pena anticipada, en armonía con la jurisprudencia tanto del TC como del TS como incluso del TEDH, que desde luego los tribunales tienen el deber de tutelar.

No es ocioso recordar que —según explica la STC 109/1986— «el derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2 del art. 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de la potestad legislativa y como criterio de coordinador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee una eficacia en un doble plano. Por una parte... constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en los hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, *el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones de todo tipo*» (la cursiva es nuestra).

De ahí que cualquier restricción de los derechos que, como consecuencia de un hecho sancionable, se imponga antes de haberse probado el mismo y derivado de él, sin que encuentre una justificación plenamente fundada en una finalidad jurídicamente aprobada de bien común superior, ha de encuadrarse en las violaciones de la presunción de inocencia.

Los criterios legales reflejados por el art. 102,2 de la Ley 17/1989 parecen atender predominantemente a la proporcionalidad hoy aceptada ya como principio general del ordenamiento, mas —según mi criterio— descuidan la índole instrumental de toda medida cautelar, tal vez por su propia evidencia.

No basta, por sí solo, que el delito imputado sea grave o que la imputación infiera perjuicio al régimen de las FAS, etc., para decretar la suspensión de funciones del militar, si la permanencia de éste en las mismas no conlleva riesgo alguno para el servicio o para la investigación judicial. Entenderlo de otra manera es interpretar la norma en contra de la presunción de inocencia, al asociar a la imputación de un procesamiento firme o a la incoación de expediente gubernativo, consecuencias punitivas sin haberse demostrado aún la culpabilidad del reo. En realidad, se está imponiendo un anticipo o complemento punitivo, anejo a la firmeza del procesamiento —o a la apertura del expediente

gubernativo— inadmisibles por su incompatibilidad con los derechos fundamentales consagrados por la CE, en sus arts. 23, 24 y 25.

La consecuencia es que sólo en casos muy excepcionales —por no descartar por completo la posibilidad—, resulta jurídicamente aceptable decretar la suspensión de funciones del militar que no ocupa destino, es decir, de quien se halle disponible, excedente voluntario, en reserva o suspenso de empleo, porque precisamente no se halla justificada la finalidad instrumental de la cautela que supone la suspensión de funciones. Y es, en tales casos, en donde se decretaría la suspensión de funciones de un militar que no se encuentra en situación de servicio activo, cuando se registra lo notorio de su improcedencia, ya que resulta difícil buscar otra finalidad a la medida cautelar que la de hacer sufrir el gravamen de la disminución de emolumentos y de paralización en la escala, que la medida cautelar, en su faceta de situación administrativa, conlleva (9). Esto es, la firmeza del procesamiento se asocia a las secuelas anejas de una mengua de ingresos y de paralización en la escala, que tiene más el carácter de anticipo de condena o de sanción complementaria que de medida preventiva propiamente dicha —como sanción, no del probado hecho delictivo, sino de la firmeza de su imputación procesal, e incluso antes de que exista esta última (10). Y se convertiría así una medida precautoria en una simple medida económica y de detención en la escala, atendiendo no a la precaución de separar a un militar de sus funciones desde las que puede causar dificultades a la instrucción procesal o al servicio —que es el justificante de la medida—, sino a los efectos no cautelares, sino meramente administrativos y secundarios derivados de la suspensión de funciones, no como acto cautelar, sino como situación administrativa.

Y aunque, en menor medida —ya que las hipótesis, en que cabe la suspensión cautelar legítima pueden ser más, sobre todo en los supuestos de incoación de expediente gubernativo— igual fenómeno desnaturizador se desarrollaría, cuando el militar, al adquirir firmeza el proce-

(9) Cfr. art. 102 de la Ley 17/1989 y 45 y ss. del citado Reglamento General.

(10) Creemos de muy dudosa legalidad la adopción de la medida con la incoación de unas diligencias previas, en donde no existe propiamente imputado y pese a la dicción del art. 47 del antedicho Reglamento, que contrasta con el momento procesal señalado por el art. 165 de la ley procesal militar, que indica con claridad e inequívocamente que es la firmeza del procesamiento, la que inicia el expediente administrativo para decretar la suspensión de funciones. A nuestro juicio, es tal auto firme de procesamiento el único capaz de permitir la valoración prevista por el art. 102 de la Ley 17/1989 para decretar la suspensión.

samiento, está ocupando otro destino distinto de aquel en donde se le atribuye haber cometido el delito.

Semejante proceder, que no respondería, de producirse, al auténtico sentido que tienen estas medidas cautelares desde la vigencia de la Constitución habría de dejar de lado la doctrina del Tribunal Constitucional, que proclama desde su STC de 15 de febrero de 1985, que una medida cautelar o preventiva, que suponga la pérdida o menoscabo, aun transitorio, de derechos individuales, y que suponga, en realidad, una sanción encubierta no tiene cabida en un Estado de Derecho.

3. Suficientemente motivada

La STC 108/1984 requiere, para que una medida cautelar —en el caso enjuiciado se trataba de una fianza— sea compatible con la presunción de inocencia que se adopte por una resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes que puedan conducir a fundamentar el juicio de proporcionalidad y no hay que olvidar que esta doctrina del TC, hoy plenamente consolidada y, por tanto, indiscutible, es vinculante conforme a los imperativos del art. 5,1 de la LOPJ.

Como argumenta el TS en la STS 3.^a, de 1 de abril de 1985, refiriéndose a la suspensión decretada en un expediente disciplinario, la medida cautelar tiene que estar amparada por hechos de gravedad y razones que la justifiquen tras un escrupuloso y esmerado examen de los hechos, lo que requiere naturalmente —según mi criterio— una motivación acorde con tales imperativos tanto en el expediente disciplinario por falta grave como en la resolución ministerial accesoria de un procedimiento judicial o expediente gubernativo. No hace falta que la motivación alcance una extensión determinada, pero lo que resulta en la misma ineludible es que ha de contener los hechos imputados y la conveniencia objetiva para el servicio, la disciplina o instrucción del procedimiento seguido y teniendo muy en cuenta que, como acto jurídico limitativo de derechos individuales e incluso fundamentales, en la justificación de su adopción rige, sin disputa, la interpretación restrictiva (11).

Tolerar suspensiones de funciones que no guarden proporcionalidad con los hechos imputados o no cumplan una clara y justificada finalidad

(11) STSC 34/1983, 67/1984, 115/1987.

instrumental, mas que la de agravar los efectos de la imputación penal o disciplinaria contraría el Estado de Derecho configurado por la Constitución, violando desde la interdicción de la arbitrariedad, pasando por la presunción de inocencia hasta el *ius in officium*, el principio de legalidad, etc. De ahí que si se llegara a adoptar como antaño la práctica de suspender de funciones a todo militar profesional contra el que se dicta un procesamiento firme la consideraríamos opuesta in rādice a la Constitución y al Estado de Derecho y secuela de épocas pretéritas preconstitucionales, aparte de que además conllevaría —como denuncia la mencionada STS de 1 de abril de 1985— cuando su justificación no está registrada en la necesaria motivación objetiva y real, atribuir de forma indirecta a los actos de la Administración una prerrogativa superior a la que se exige para ejecutar una resolución judicial.

4. Temporalmente limitada

Esta nota se desprende precisamente por la naturaleza predominante de acto accesorio y cautelar.

Como accesorio de un expediente disciplinario y gubernativo o de un proceso penal no puede subsistir con independencia del mismo. De ahí que, concluido el procedimiento sancionador del que dimanara contra el militar suspenso de funciones, tiene que ineludiblemente extinguirse la suspensión, lo que fortalece la índole de institución propia del D.º sancionador de la misma.

Su carácter cautelar impone la temporalidad de la medida, pues no cabe una incidencia en los derechos fundamentales afectadas permanente, ni siquiera prolongada más de lo necesario para la prevención de los perjuicios que la justifican. El legislador ha considerado así que el tiempo máximo de la suspensión por falta grave es el de los tres meses, que él mismo estimó como duración máxima del expediente disciplinario (12).

La primitiva redacción del art. 102 de la Ley 17/1989 no contenía limitación temporal con lo que contrastaba con el régimen común de los funcionarios civiles (13) y con la doctrina del TC que había declarado que se trataba de una medida temporalmente limitada. Para evitar esa

(12) Arts. 41 in fine de la citada Ley disciplinaria de las FAS.

(13) Art. 49,2 de la ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964 de 7 de febrero.

desarmonía de la legislación militar, se dio nueva redacción al citado art. 102 a través de la Ley Orgánica 28/1994 de 18 de octubre, por la cual se limita ya el tiempo de la suspensión de funciones a seis meses, distinguiéndose si la misma conlleva o no cese en el destino y, en caso afirmativo, el suspenso, al concluir el semestre, pasa a la situación de disponible... y, por tanto, se produce el principal efecto de una de las sanciones disciplinarias por falta grave contempladas por el art. 10 de las leyes disciplinarias de las FAS y Guardia Civil (14), lo que acentúa aquella índole antedicha de la medida cautelar.

III. PROCEDIMIENTO

En su aspecto procesal, la medida cautelar de suspensión acordada en expediente disciplinario no ofrece problemas. Normalmente se adopta a través de acuerdo motivado en la misma resolución de incoación, aunque nada impide que se haga en resolución aparte o ulterior y salvo los requisitos antes expuestos, principalmente el de motivación, no presenta peculiaridad alguna.

Cuando la suspensión se debe a expediente gubernativo o proceso penal, una vez incoado éste o firme el procesamiento dictado (15), se comunica al Ministerio de Defensa o Dirección General de la Guardia Civil, con remisión del testimonio respectivo, iniciándose así el correspondiente procedimiento administrativo al efecto, que se registrará por la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo, en él, preceptivo el trámite de audiencia conforme a lo previsto por el art. 84 de la misma, cuyo incumplimiento y dada la índole sancionadora del expediente da lugar a la nulidad prevista en su art. 62,1 en relación con el art. 24 de la CE. Y aunque se prescindiera de la índole de instituto propio del D.º sancionador, desde la trascendental STS 3.ª, de 22 de febrero de 1990, se considera vicio de nulidad de pleno derecho incurso en el art. 47,c de la LPA —hoy en el art. 62,1,e de la Ley 30/1992, la omisión del trámite de audiencia del interesado (16).

(14) Pérdida de destino.

(15) Vide supra nota 10.

(16) Como no podía ser menos los tribunales inferiores han seguido esta doctrina y así véanse las últimas sentencias de distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de marzo y 20 de septiembre de 1995,

La resolución ministerial que acuerda la situación administrativa de suspenso en funciones no plantea cuestión alguna, ya que se halla sometida al sistema normal de recursos.

En cambio, la impugnación de la suspensión cautelar acordada en expediente disciplinario si los plantea, dada la específica regulación tanto de tal expediente como del recurso contencioso disciplinario militar, previsto en la vía judicial castrense (17). Creemos que no estamos en presencia de un acto de trámite, como ha sostenido la Sala V del Tribunal Supremo —separándose así de la ya consolidada jurisprudencia de la Sala III del mismo TS (18)— en sus Sentencias de 2 de marzo y 22 de abril de 1994, para denegar el recurso anticipado e independiente contra la medida cautelar, porque, como muy bien argumenta el voto particular del Presidente José Jiménez Villarejo a dichas sentencias, los actos de trámite son los que están funcionalmente orientados a iniciar, ordenar o impulsar el procedimiento o lo que es lo mismo, los que sirven para que el pase de una fase a otra hasta llegar a la resolución y las medidas cautelares que se adoptan en relación a una persona recaen sobre ésta y no sobre el procedimiento. Argumento —a mi entender— irrefutable (19) y que sólo extraña que no convenciera a los demás firmantes de aquellas sentencias y que nos releva de exponer al respecto las muy fundadas construcciones doctrinales, que apoyan científicamente la anterior conclusión del citado voto particular de la Presidencia (20).

16 de enero de 1996, etc., que consideran vicio de nulidad de pleno derecho prescindir del trámite de audiencia.

(17) Arts. 448 y ss. de la Ley procesal militar.

(18) La Sala III del TS, tras alguna vacilación decidió excluir de la categoría de actos de trámite a las medidas cautelares, primero con la S de 8 de febrero de 1980 y decididamente con la SS. de 23 de junio de 1985, 28 de enero de 1985, 25 de abril de 1985, Autos de 24 de enero y 18 de abril de 1985, etc. y desde luego —a diferencia de la Sala V—, ni cuando las consideraba acto de trámite, negó el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales por la vía de la Ley 62/1978, porque, como argumentaba la S de 1 de abril de 1985, iría contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

(19) Estamos ante un acto de «trámite» que no «tramita» nada y en realidad —como denunciaba el ATS de 24 de abril de 1985—, la noción de acto de trámite se utilita como mero expediente dialéctico para impedir su recurribilidad.

(20) Cfr. Federico CASTILLO BLANCO: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, CEMCI, Madrid 1992; José Antonio GARCÍA TREVIANO: *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993; E. GONZÁLEZ NIETO: *La suspensión administrativa de los funcionarios de la Administración local*, en *Revista Española de la Vida Local*, núm. 79, 1955.

Los dos últimos hablan de «actos separables» y aquél de resolución final de un minprocedimiento, coincidiendo todos en la recurribilidad independiente de la medida cautelar.

En definitiva, será el Tribunal Constitucional el que tiene que dilucidar problemática tan trascendente, ya que penden del mismo sendos recursos de amparo contra aquellas sentencias de la Sala V.

De no aceptarse, por su carácter de acto de trámite, el recurso aislado —conforme a aquella jurisprudencia de la Sala V—, contra la medida cautelar, sólo será posible su impugnación dentro del recurso judicial interpuesto contra la resolución sancionadora final en vía administrativa, con lo que no parece muy armónico con la tutela judicial efectiva, ni con la jurisprudencia del TEDH (21).

(21) Rarísimo será el caso —si se da que no lo creemos— que, cuando se resuelve el recurso en vía judicial junto a la resolución final, continúe vigente la medida cautelar, pues se habrán agotado con creces el plazo máximo de ésta.

Naturalmente la jurisprudencia del TEDH se desarrolla sobre la privación preventiva de libertad en el ámbito militar, pero no cabe admitir recurso contra el arresto y no contra la suspensión, ya que ambas medidas cautelares se someten, en nuestro Derecho, al mismo sistema de impugnación.

Así en la S. de 8 de junio de 1976, donde en el Caso ENGEL y otros el juez Verdross justifica su voto particular, porque no puede aceptar la tesis subyacente en la idea de que toda detención decretada por una autoridad militar cuya decisión «no esté sujeta a un recurso judicial suspensivo de la S. art. 5 del Convenio». En igual sentido se pronuncian no escasas sentencias de este TEDH comenzando por las de los Casos DE JONG, DUJET, VAN BRINK, DUINHOF y DUIF, etc.

En cuanto a la reserva en la aplicación del Convenio de Roma, formulada por España precisamente en relación con el régimen disciplinario militar, puede plantear a nivel interno, si se intenta invocar, conflictos serios respecto a la vigencia del art. 10 de la CE, que creemos sería el que debe prevalecer.